

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum di Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa – XXX ciclo

**LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELLE OPERAZIONI
STRAORDINARIE: UN'ANALISI COMPARATIVA**

Dott. Jacopo Frontali

TUTOR

Chiar.mo Prof. Carlo Marchetti

COORDINATRICE DEL DOTTORATO

Chiar.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

A.A. 2016/2017

Sommario

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I	17
Parte I	17
LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NEL DIRITTO ITALIANO.....	17
1. <i>Brevi premesse storiche</i>	17
2. <i>La responsabilità precontrattuale in Italia</i>	21
3. <i>Il codice civile del 1942</i>	25
4. <i>La tripartizione delle fattispecie di responsabilità precontrattuale</i>	32
5. <i>La qualificazione giuridica della responsabilità precontrattuale</i>	35
6. <i>Tesi a favore della responsabilità extracontrattuale</i>	39
7. <i>Tesi a favore della responsabilità contrattuale</i>	41
8. <i>Teoria del tertium genus</i>	48
9. <i>Il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale</i>	50
10. <i>Il concetto di buona fede</i>	53
11. <i>Responsabilità precontrattuale nell'ambito del diritto europeo</i>	57
Parte II.....	60
LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELL'AMBITO DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE ..	60
1. <i>Introduzione</i>	60
2. <i>La responsabilità precontrattuale nelle operazioni di acquisizioni di partecipazioni societarie</i>	62
3. <i>Fase precontrattuale e obblighi di buona fede nelle operazioni di acquisizione</i>	65
4. <i>I documenti precontrattuali: le lettere di intenti</i>	66
5. <i>Valenza giuridica delle lettere di intenti</i>	70
6. <i>Documenti ancillari alla lettera di intenti: confidentiality agreements e standstill agreements</i>	73
7. <i>Il recesso dalle trattative nell'ambito delle operazioni straordinarie</i>	81
8. <i>Un caso pratico: la decisione del Tribunale di Milano in una controversia in tema di acquisizione di partecipazioni societarie</i>	88
CAPITOLO II.....	92
Parte I	92
LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELL'ESPERIENZA DEI PAESI DI COMMON LAW – STATI UNITI	92
1. <i>L'esperienza statunitense. La nozione di contratto</i>	92
2. <i>La precontractual liability nel diritto americano</i>	97
3. <i>L'obbligo pattizio di good faith and fair dealing</i>	105

4. <i>La responsabilità precontrattuale nell'ambito delle operazioni straordinarie. Il ruolo della lettera di intenti</i>	110
Parte II	120
LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELL'ESPERIENZA DEI PAESI DI COMMON LAW – INGHILTERRA	120
1. <i>L'esperienza inglese</i>	120
2. <i>Il duty of good faith (...)</i>	123
3. <i>(...) ed il duty to negotiate in good faith</i>	129
4. <i>Il ruolo della break-up fee clause nelle operazioni di m&a. Spunti riflessivi</i>	134
CAPITOLO III	137
ANALISI ECONOMICA E TRATTATIVE	137
1. <i>Introduzione della tematica</i>	137
2. <i>Decision theory: brevi cenni</i>	139
3. <i>Posizioni antagoniste dei contraenti e teoria dei giochi</i>	143
4. <i>Asimmetrie informative e selezione avversa. Il ruolo della buona fede precontrattuale</i>	145
5. <i>L'analisi economica della responsabilità precontrattuale</i>	150
CONCLUSIONI	154
BIBLIOGRAFIA	156

INTRODUZIONE

La società Alfa viene a sapere che la società Beta, sua rivale, è sul mercato. Prende, quindi, contatti con il management di quest'ultima al fine di verificare se vi siano margini per valutarne l'acquisto. A causa dell'esito positivo dei contatti, le dirigenze delle due società iniziano una fitta serie di incontri, al fine di meglio valutare i termini di una possibile operazione di acquisizione. La società Alfa dà quindi incarico ai propri consulenti, legali e fiscali, di iniziare un'attività di *due diligence* sulla *target* al fine di avere un'idea più chiara di quali possano essere i termini del *deal*¹. Una volta raggiunto un accordo sui punti principali di questa, e aver ricevuto verbalmente rassicurazioni sulle intese raggiunte dal socio di controllo della venditrice, le parti si scambiano una bozza di lettera di intenti, che riassume le intese raggiunte fino a quel momento, stabilendo che l'operazione è soggetta all'approvazione di entrambi i consigli di amministrazione e alla sottoscrizione di un formale contratto di acquisizione o, come si suole dire nella prassi, *sale and purchase agreement*. Pochi giorni dopo, tuttavia, il socio di riferimento della Alfa riceve una telefonata, in cui gli viene formalmente comunicato come la Beta abbia deciso di tirarsi indietro dalle trattative, avendo ricevuta un'offerta più alta da parte di una terza società. Secondo Beta, infondo, l'accordo raggiunto con Alfa non era vincolante, e ciascuna di loro era ben libera di abbandonare i negoziati in qualsiasi momento. Alfa, non essendo d'accordo, cita in giudizio Beta, per obbligarla a rispettare i patti assunti o, quanto meno, risarcire i danni subiti, rappresentati dagli ingenti costi affrontati nel corso delle trattative, nonché dall'aver perso l'opportunità di investigare altre opportunità di investimento.

Il caso immaginario sopra riportato avviene, con una certa costanza ed in maniera simile, in tutti gli ordinamenti giuridici. Le relative soluzioni adottate, tuttavia, non paiono, a prima vista, particolarmente uniformi.

Per quanto la fase antecedente alla stipulazione di un contatto rappresenti un tema dibattuto da tempo in sostanzialmente qualsiasi sistema giuridico, la disciplina della

¹ L'utilizzo di una terminologia anglosassone è forzato e voluto, inserendosi nel contesto di una tesi di dottorato di natura comparatistica.

responsabilità precontrattuale, nonché i problemi connessi a questa fase, sia dal punto di vista della sua regolamentazione, che della sua interpretazione ed applicazione, risultano ancora in buona parte complessi, parzialmente non risolti e, per tali motivi, fonte di attuale dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza².

Di ciò ne è prova, ad esempio, e per rimanere nei confini del nostro diritto, le antinomiche posizioni che sono state raggiunte all'interno della nostra dottrina e giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, (e, come vedremo, tra le corti stesse), quando sono state chiamate ad esprimersi in merito alla natura della responsabilità in oggetto. Se, da un lato, gli studiosi del diritto si sono espressi in via maggioritaria a favore della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale³, non sono mancati tuttavia autori che abbiano sposato la tesi opposta⁴. Dall'altro lato, nonostante la giurisprudenza di merito e di legittimità si siano espresse per molti anni in misura maggioritaria a favore della tesi extracontrattuale della responsabilità *de qua*⁵, molto recentemente la Cassazione si è (come auspicato dalla dottrina prevalente) espressa a favore della natura contrattuale della stessa⁶. Corre tuttavia l'obbligo di segnalare che la

² Come è stato da diversi autori evidenziato: “*This is an area of contract law that proved trickier to regulate than other area of contract interpretation*” O. BEN-SHASHAR, *Pre-closing liability*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 77 (2010), p. 979; similmente, E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*, 87, *Columbia Law Review* (1987), 217 secondo cui “[I]t would be difficult to find a less predictable area of contract law”.

³ G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro Italiano*, 1954, I, pag. 1108; *Id.* *Il principio di buona fede*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1964, I, pag. 163, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, pag. 360; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; L. ROVELLI, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza. Generalità, Il contratto in generale*, Tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, vol. XIII, 2000, pag. 201 e altri citati nel corso dell'opera.

⁴ R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Utet Giuridica, 2016, pag. 260.

⁵ Cassazione civile, sez. II, 14 marzo 2017 n. 6587; Cassazione civile, sez. II, 10 gennaio 2013 n. 477; Cassazione Civile n. 13164 del 18 giugno 2005.

⁶ Cassazione Civile sez. I, n. 14188 del 12 luglio 2016, con Presidente il dott. Salvatore Salvago: “*Le considerazioni svolte dalla dottrina e recepite dalla massima parte della giurisprudenza hanno, invero, evidenziato che l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi "culpa in contrahendo" solo di nome, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti. Ne discende che la responsabilità per il danno cagionato da*

medesima Corte, in differente composizione, si sia già (ri)espressa in senso contrario⁷, difendendo l'approccio "classico" della giurisprudenza di legittimità, affermando la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale. Appare quindi sicuramente auspicabile un intervento "risolutivo" da parte delle Sezioni Unite, visto il contrasto venutosi a creare internamente al tale organo giudicante⁸.

Anche spostandoci nei paesi di common law, la situazione non si fa molto più chiara. Di fatti, anche oltre oceano (o semplicemente oltre manica) l'approccio di dottrina e giurisprudenza alle tematiche poste dalla responsabilità precontrattuale non può certo dirsi

una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non del generico dovere del neminem laedere, non può che essere qualificata come responsabilità contrattuale" (enfasi aggiunta). Corre tuttavia l'obbligo di precisare che la sentenza in oggetto si è espressa in materia di responsabilità precontrattuale in un caso abbastanza specifico, in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per mancata approvazione di un contratto di appalto precedentemente stipulato con un privato. Sicuramente pregevole risulta lo sforzo profuso dai giudici ermellini nella disamina ed analisi, tramite un *excursus* abbastanza ampio, del tema oggetto del presente elaborato. Non mancano, tuttavia, altre sentenze che si siano espresse a favore della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. Ad esempio, Cassazione civile, sez. I, del 20 dicembre 2011, n. 27648, in Europa e diritto privato, 2012, 4, 1227 (con nota di CASTRONOVO, *La cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità contrattuale*), secondo cui *"La trattativa precontrattuale crea un obbligo di comportamento in buona fede, che distingue tale fattispecie da quella di cui all'art. 2043 c.c., nella quale per contro la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti. La responsabilità che ne scaturisce è di natura contrattuale onde il danneggiato dovrà provare, oltre al danno sofferto, solo la condotta antigiuridica, non anche la colpa del danneggiante"*.

⁷ Cassazione Civile n. 6587 del 14 marzo 2017, secondo cui *"Va altresì ricordato che la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma de qua"*.

⁸ Probabilmente, ciò rappresenta esattamente quanto i giudici ermellini volevano procurare, essendo la loro opinione in materia di responsabilità precontrattuale espressa meramente in un *obiter dicta*.

univoco ed uniforme⁹. Con riferimento alla condotta delle parti nella fase delle negoziazioni (e, in particolare, agli obblighi di comportamento secondo buona fede, ed ai casi di – ingiustificato - recesso dalle trattative), la legislazione ha dimostrato un atteggiamento che potremmo quasi definire di “indifferenza”¹⁰ nei confronti di una qualsivoglia responsabilità precontrattuale (salvo i casi in cui uno dei paciscenti si fosse reso colpevole di aver commesso un “tort”¹¹). Al contrario, una volta che tra le parti sia stato stipulato un accordo¹², è possibile trovare norme che espressamente sanciscano obblighi di buona fede in capo ai soggetti coinvolti. Anche la

⁹ K. N. LLEWELLYN, *On our case-law of contract: offer and acceptance*, I., 48, Yale Law J. 1, 13 (1938) per cui le regole che governano gli accordi preliminari sono totalmente prive di significato quando applicate ai fatti; G. B. BUECHLER JUNIOR, *The recognition of preliminary agreements in negotiated corporate acquisitions: an empirical analysis of the disagreement process*, 22 Creighton Law Review, 573 (1989) secondo cui le decisioni in tale area del diritto sono caratterizzate dall’essere sia confusionarie che inconsistenti, al punto da rendere addirittura impossibile predire il risultato di un caso specifico.

¹⁰ L’antinomia nella differenza di approccio tra i sistemi in discussione non rappresenta di certo una novità: “Venendo al primo dei due quesiti sopra menzionato, quello circa l’esistenza o meno di regole di comportamento giuridicamente rilevanti che le parti devono osservare durante le trattative, una larga approssimazione al problema consiste nel distinguere tra un approccio di common law ed un approccio di civil law. Il primo è caratterizzato dalla freedom to contract, per cui, essenzialmente, le parti sono libere di tenere qualsiasi comportamento fino a che non si vincolino con un contratto e non hanno obblighi di sorta nella fase della trattativa. Il secondo si ispira alla tradizione romanistico-germanica, per cui esiste un obbligo di gestire le trattative in buona fede ed una responsabilità, per culpa in contrahendo qualora si violi tale obbligo”; U. DRAETTA, C. MONESI, *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, Giuffrè, 2007, pag. 77.

¹¹ Si pensi al caso della *misrepresentation* di una delle parti (cfr. *Restatement (Second) of Torts, Sections 525, 530*, e, in giurisprudenza, al caso *Markov v. ABC Transfer & Storage Co.*, 457, P.2d 535, Washington, 1969), o dell’*unjust enrichment* (*Hill v. Waxberg*, 237, F.2d, 936, ninth circuit, 1956); infine, al rimedio del *promissory estoppel* (*Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W. 2d 267 (Wis 1965). Sui rimedi citati si veda il capitolo II della presente opera.

¹² Si veda, ad esempio, la Section 205 del *Restatement (Second) of Contracts*, rubricata “*Duty Of Good Faith And Fair Dealing*”, a norma della quale: “*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*” (enfasi aggiunta). La definizione di *good faith* è fornita dalla Section 1-201(19) dello *Uniform Commercial Code*, secondo cui corrisponde a “*honesty in fact in the conduct or transaction concerned*”, mentre, per il caso di transazioni commerciali, la Section 2-103(1)(b) dello *Uniform Commercial Code* la definisce come “*honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade*”.

dottrina¹³ e la giurisprudenza¹⁴, sia americana che anglosassone, hanno per diverso tempo negato l'esistenza di siffatti obblighi nella fase delle trattative precontrattuali, per il timore che l'imposizione di un qualche obbligo di condotta, o responsabilità, potesse rappresentare un disincentivo o, in ogni caso, limitare la libertà di contrattare dei consociati. In particolar modo, la giurisprudenza, in più di una occasione, si è rifiutata di imporre un qualsiasi obbligo comportamentale nella fase antecedente la conclusione del contratto¹⁵ (nel rispetto del fondamentale principio, là particolarmente sentito, della “*freedom to contract*” e, di conseguenza, della “*freedom not to contract*”¹⁶). Ciò, storicamente, è sicuramente il risultato di un più generico diffidente approccio dei giuristi di *common law*, volto a rifuggire l'applicazione di concetti generici quale la buona fede, principio che invece permea la nostra responsabilità

¹³ “*There is, however, no obligation in English law to negotiate in good faith in the absence of a contract*”, U. DRAETTA, R. LAKE, *Letters of intent and precontractual liability*, International Business Law Journal (1993), p. 836. Significativa inoltre la seguente affermazione di un autorevole Autore, secondo cui “*(...) the outcome of any particular negotiation is a matter of indifference*”, E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*, 87, Columbia Law Review (1987), p. 242.

¹⁴ “*Under current US law, the traditional rule assigns no pre-contractual liability. Parties are free to break off negotiations at any time, in which case each party bears the sunk cost of its reliance investments*”, L. A. BEBCHUK, O. BEN-SHAHAR, *Pre-contractual reliance*, 30, J. Legal Studies (2001), p. 424. Nello stesso senso E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements: ibidem*, p. 221, secondo cui “*Courts have traditionally accorded parties the freedom to negotiate without risk of precontractual liability*”. Tali concezioni rappresentano un'espressione del cosiddetto “*all or nothing approach*” diffuso nei sistemi di *common law*, cfr. U. DRAETTA, R. LAKE, *Letters of intent and precontractual liability, ibidem*, p. 836.

¹⁵ Significativo al riguardo è sicuramente quanto affermato dal giudice Lord Ackner nel celebre caso *Walford v Miles*, 1992, 2, WLR, 174, 181 s, secondo cui “*In my judgement, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason*”.

¹⁶ “*This aleatory view of negotiations rests upon a concern that limiting the freedom of negotiation might discourage parties from entering negotiations*”, E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements, ibidem*.

precontrattuale¹⁷, salvo i casi in cui tali canoni siano espressamente stabiliti dal legislatore¹⁸. Solo negli ultimi decenni è stato possibile osservare un mutamento di atteggiamento da parte delle corti inglesi e statunitensi nei confronti di quei casi riguardanti comportamenti che, secondo una terminologia nostrana, possiamo definire quali contrari alla buona fede¹⁹ (dove il più comune è rappresentato dalla ingiustificata fuoriuscita dalle trattative). Diverse sentenze hanno infatti iniziato ad affermare una responsabilità precontrattuale a carico di quelle parti che, in questa fase, non si erano comportate correttamente, nonché a stabilire determinati obblighi in capo alle stesse nella fase delle trattative²⁰, assimilabili a quelli derivanti dall'applicazione del nostro principio di buona fede oggettiva scaturente dal nostro articolo 1337 del Codice Civile²¹. Anche in dottrina, la tesi che sposa l'affermazione di una responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede ha iniziato a farsi

¹⁷ Ciò in particolare modo per il timore che l'imposizione di obblighi generici potesse causare delle incertezze nell'applicazione della legge, e nelle relative conseguenze applicative a carico dei soggetti interessati. La certezza e prevedibilità, del diritto, come noto, è uno dei principi cardini del diritto di common law, a cui i giuristi di tale sistema sono particolarmente affezionati. Ne è riprova il fatto che in tali ordinamenti, rispetto a quanto accade nei paesi di civil law, è molto più rara l'ipotesi in cui un giudice intervenga a colmare le previsioni contrattuali "dall'esterno", aggiungendole o dandone interpretazioni che non si limitino a riconoscere mero significato letterale di quanto messo per iscritto, anche nel caso in cui le pattuizioni risultino sproporzionate o eccessivamente gravose per una delle parti. Si pensi, tanto per fare degli esempi, al diverso approccio che esiste tra i due macro-sistemi di common law e civil law in tema di forza maggiore, eccessiva onerosità sopravvenuta, oltre che, naturalmente, buona fede e responsabilità precontrattuale.

¹⁸ Obblighi in tal senso sono stabiliti, attualmente, solamente con mero riferimento all'ambito contrattuale, come vedremo meglio *infra*.

¹⁹ "Anche in alcuni paesi di common law, e soprattutto negli Stati Uniti, si fa strada l'obbligo di bargaining in good faith"; U. DRAETTA, C. MONESI, *Il contratto di acquisizione*, *ibidem*.

²⁰ Con riferimento a due casi in cui l'obbligo di comportarsi secondo buona fede derivava dalla sottoscrizione di una lettera di intenti, si veda *Esso Petroleum v Mardon*, (1976), Q.B. 801, e *English v Dedham Vale* (1978) 1 W.L.R. 93. In dottrina, P. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, third edition (1981), secondo cui "There are some signs of a tendency to impose duties on parties in the course of negotiation and (...) occasionally, such duties may be imposed even where no main contract eventually is formed". Ancora, in tema di *promissory estoppel*, si veda *Hoffman v Red Owl Stores Inc.*, 133 N. W.2d 267 (Wisconsin, 1965).

²¹ Un diverso discorso vale nel caso in cui tali comportamenti siano attuati a seguito della stipulazione di un contratto. In tal caso, infatti, anche nei sistemi giuridici di *common law* è stato affermato il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede, v. tra i tanti *Mallozzi v. Carapelli*, (1975), 1 *Lloyd's Rep.* 229

largo tra gli Autori²². Infine, anche nell'ambito legislativo sono apparsi espressi riferimenti ad obblighi di buona fede oggettiva nell'ambito delle negoziazioni²³.

Alla luce del più recente atteggiamento delle corti anglosassoni, di conseguenza, si può oggi affermare che, come per altre fattispecie che trovano, in principio, una diversa regolamentazione, o approccio, tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, sia possibile notare una certa convergenza (seppur si continuino ad osservare delle differenze di vedute tra i due sistemi) nelle soluzioni applicative tra i paesi dell'Europa continentale e quelli anglofoni, nonostante le strade percorse per giungere a tali analoghi risultati appaiano decisamente differenti²⁴.

Suddetto differente (seppur, come anticipato, almeno parzialmente convergente) approccio, rappresenta la base di partenza e motivazione dell'analisi, in chiave comparatistica, del fenomeno rappresentato dalla responsabilità nelle trattative (e delle connesse problematiche e differenti soluzioni), che si affronterà nel presente testo. Se da un lato, infatti, nei paesi di *civil law*, quasi ovunque è possibile trovare una regolamentazione della fase precontrattuale e dei connessi comportamenti che le parti devono assumere in tale fase, dall'altro, nei paesi di *common law*, è assai arduo trovare espressi riferimenti in relazione alla regolamentazione di tale fase negoziale²⁵, dove invece ha assunto un ruolo quasi predominante la prassi adottata dagli operatori economici. Non si può poi non svolgere lo sguardo anche alla legislazione "europea" o "sovrastatale" che si è specificatamente espressa sul tema della responsabilità

²² DUGDALE & LOWE, *Contracts to contract and contracts to negotiate*, (1976), *J. Business Law*, 28; JONES, *Claims arising out of anticipated contracts which do not materialize*, 18 *U.W. Ontario Law Review*, 447 (1980).

²³ Si veda, ad esempio, la *Section 8(d)* del *National Labour Relations Act*, secondo cui "*A union must bargain in good faith on behalf of employees it represents, and it is unlawful for a union to fail to do so*".

²⁴ "Il riconoscimento di un principio di buona fede precontrattuale da parte di alcune esperienze giuridiche e, viceversa, l'assenza di regole ad hoc per il periodo precontrattuale, propria di altre, difatti, danno luogo ad un'antinomia soltanto apparente, ragion per cui i risultati dell'indagine comparatistica risulterebbero falsati ove ci si soffermasse su tali dati di superficie"; L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence, tra culpa in contrahendo e contratto*, in *Quaderni di Responsabilità Civile e Previdenza*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 100.

²⁵ Si vedano i testi riportati sopra alla nota 10.

precontrattuale. Si pensi, ad esempio, ai *Principles of European Contract Law*²⁶, o agli *Unidroit Principle*²⁷, ai *Principles of International Commercial Contracts*²⁸, o al *Draft Common Frame of Reference*²⁹, dove alcuni specifici articoli sono stati destinati ad affrontare il tema della responsabilità delle parti nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione del contratto. L'analisi in questione, inoltre, risulta degna di attenzione, non solo in un'ottica *de iure condito*, ma anche *de iure condendo*, sia a livello nazionale che sovranazionale, al fine di individuare quella regolamentazione che sia meglio in grado di creare quei giusti incentivi che consentano ai soggetti interessati di concludere contratti finalizzati allo scambio di beni o servizi, favorendo la loro trasmissione da chi li valuta di meno a chi li valuta di più, in un'ottica efficientistica volta ad aumentare il benessere complessivo dei consociati.

Il tema della responsabilità precontrattuale, inoltre, rappresenta la base da cui partire per affrontare ulteriori problematiche. Infatti, seppur la dottrina prevalentemente si sia concentrata sul recesso ingiustificato dalle trattative³⁰, le questioni scaturenti dall'atteggiamento delle parti

²⁶ Article 2:301, *Negotiations Contrary to Good Faith*: (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

²⁷ Article 1.7 *Good Faith And Fair Dealing*: (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.

²⁸ Art. 2.1.15 *Negotiations in bad faith*: (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party. (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

²⁹ Art. 3:301 *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*: (1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach. (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

³⁰ Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, op. cit., p. 45 ss.; *Obbligazioni e Contratti* – II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Utet Giuridica, III edizione, Milano, 2009, p. 1185, il quale parla di applicazione “standardizzata” dell’art. 1337 cod. civ. Per un riferimento giurisprudenziale, si veda

nella fase negoziale sono molteplici: non solo la regolamentazione di fattispecie specifiche di comportamenti contrari all'ordinamento (quali quelli, sopra citati, delle false dichiarazioni, o della sottrazione di informazioni dalla propria controparte durante la negoziazione), ma anche quale risarcimento, nel caso sia possibile affermare la responsabilità di una delle parti, sia da attribuire alla parte danneggiata. Come meglio vedremo più avanti, anche la disciplina dei danni connessi alla responsabilità precontrattuale è in grado di incidere sui comportamenti dei soggetti coinvolti nelle trattative, i quali, sapendo *ex ante* quali saranno le conseguenze delle azioni loro (e delle loro controparti), potranno meglio valutare come comportarsi, quali investimenti fare in questa delicata fase e quali affidamenti riporre nella condotta e negli speculari investimenti della propria controparte. Analizzeremo quindi quali siano gli effetti di due regimi della responsabilità agli antipodi: da un lato, l'estremo rappresentato dalla totale assenza di responsabilità (e, di conseguenza, di danni risarcibili) nei confronti della propria

Cassazione Civile, sez. I, del 23 marzo 2016, n. 5762, in Foro italiano, 2016, 5, I, c. 1703, la quale, oltre a precisare che la violazione dell'art. 1337 cod. civ. non rivela solamente nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative, aggiunge anche come la disciplina della responsabilità precontrattuale non venga esclusa dalla effettiva stipulazione del contratto: *“La regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto”*. Si veda anche il relativo commento a cura di G. TARANTINO, *La violazione della buona fede nelle trattative rileva anche nel caso di contratto concluso tra le parti*, in Diritto & Giustizia, fasc.15, 2016, pag. 71. In senso diametralmente opposto con riguardo all'applicabilità dell'art. 1337 cod. civ. ai casi in cui sia stato eseguito un contratto, Cassazione Civile, sez. II, del 15 aprile, n. 7545, secondo cui *“Ove alla stipulazione del contratto preliminare non segua la conclusione del definitivo, la parte non inadempiente (nella specie, il promittente alienante) può agire nei confronti di quella inadempiente (nella specie, il promissario acquirente) facendone valere esclusivamente la responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale e non anche, in via alternativa, la responsabilità precontrattuale da supposta malafede durante le trattative, giacché queste ultime, cristallizzate con la stipula del preliminare, perdono ogni autonoma rilevanza, convergendo nella nuova struttura contrattuale che rappresenta la sola fonte di responsabilità risarcitoria”*. Conforme, Cassazione civile, sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937.

controparte, dall'altro, l'opposto e contrario regime della responsabilità piena (o "*strict liability*") comportante l'obbligo di risarcire la propria controparte delle spese affrontate nelle trattative non andate a buon fine. Infine, vedremo una terza via, intermedia tra questi due antitetici regimi, che cerchi di meglio bilanciare gli interessi e gli incentivi dei paciscenti³¹.

L'analisi della responsabilità precontrattuale in chiave comparatistica, già di per sé fonte di interessanti analisi, pone il destro per un'ulteriore approfondimento. Caleremo infatti i concetti precedentemente esaminati nell'ambito delle operazioni straordinarie, al fine di verificarne la loro applicazione, nonché efficienza, da un punto di vista meramente giuseconomico. La scelta di tale specifico ambito di osservazione scaturisce dalla considerazione che la regolamentazione (sia essa normativa, che di fonte giurisprudenziale) del fenomeno in questione è nata in un momento storico in cui al concetto di contratto³² e, in particolare, alla sua formazione, si ricollegava principalmente il meccanismo della offerta (o proposta) e accettazione³³, il cui incontro, nella maggior parte dei casi, se non era immediato, era comunque destinato ad avvenire in un lasso di tempo abbastanza breve. Tale meccanismo,

³¹ La disciplina della (presenza o meno di una) responsabilità contrattuale, al fine di determinare quale sia il regime in grado di creare i miglior e più efficienti incentivi, e quella dei connessi danni da risarcire non vanno tuttavia confuse.

³² L'approccio alla nozione di contratto nei sistemi di *civil law* e di *common law* è sicuramente differente. Se, ad esempio, nel nostro ordinamento il contratto è l'incontro di due volontà, in Inghilterra esso è innanzitutto un accordo mediante il quale una parte si impegna, nei confronti dell'altra, a fronte di un corrispettivo ("*consideration*") consistente o in un vantaggio o in un onere per l'altra parte (concetto per noi più vicino a quello di "scambio"). Nonostante tale differenza riguardo al concetto, entrambi gli ordinamenti risultano certamente più vicini per quanto concerne il procedimento di formazione del contratto. Per un'approfondita analisi della nozione di contratto (con anche alcuni cenni comparatistici) si rimanda a R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Utet Giuridica, 2016, p. 45 ss.; *Obbligazioni e Contratti* – II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Utet Giuridica, III edizione, Milano, 2009, p. 5 e ss.

³³ E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*, 87 Columbia Law Review, (1987), p. 217. Per quanto il fenomeno delle trattative o della formazione progressiva del contratto non rappresentino di certo una novità degli ultimi anni, la complessità degli scambi ha raggiunto, con l'evoluzione delle economie e dei mercati, livelli e complessità che precedentemente non erano immaginabili dal legislatore. Per tale motivo è necessaria un'opera di interpretazione evolutiva, che tenga conto dei mutamenti della società, al fine di potervi essere calata in maniera efficace. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II edizione, Giuffrè, Milano, 1971.

tuttavia, si discosta in maniera significativa dall'attuale processo di formazione del contratto, in particolare nell'ambito delle operazioni societarie. Ciò è soprattutto vero nel caso dei più importanti “*deals*” quali, a titolo esemplificativo, le operazioni di fusione e acquisizione, o le operazioni di finanziamento ad istituzioni bancarie o a governi o, ancora, nelle operazioni di *joint-venture*, in cui due o più società, al fine di trarre vantaggio dalle sinergie che si possono creare dalla loro collaborazione, danno vita a *partnership* dal valore di diversi milioni di euro. Tutte queste fattispecie sono accumulate dall'essere operazioni precedute da prolungate e complesse negoziazioni, nell'ambito delle quali viene scambiata tra le parti una copiosa documentazione, composta da molteplici contratti, accordi ed allegati, con la quale si affrontano diverse questioni, mentre la formalizzazione del contratto definitivo arriva per gradi, al seguito dello scambio di numerose bozze da parte dei legali delle parti³⁴. Siamo quindi molto distanti da quello schema di offerta e accettazione sopra richiamato. In tale ambito risulta quindi complessa, da un lato, l'applicazione di norme che sono state pensate per una fattispecie diversa, dall'altro, la risoluzione delle molteplici problematiche che possono nascere in seno a tali complicate situazioni, a cui le regole classiche difficilmente potrebbero fornire una soluzione. L'applicazione della disciplina della responsabilità precontrattuale, del concetto di buona fede, e dei connessi obblighi e responsabilità in caso di sua violazione, di conseguenza, risultano pertanto complicate, e i tradizionali meccanismi sviluppati dall'analisi della responsabilità precontrattuale devono quindi essere rivisti per adattarli a tali peculiari fattispecie, che pongono problemi diversi e specifici, inesplorati sotto la figura del tradizionale meccanismo di offerta e accettazione. Passeremo quindi da un'analisi delle norme giuridiche

³⁴ Si pensi al caso dell'acquisizione del pacchetto di maggioranza di una società per azioni. Oltre al contratto di vendita (normalmente preceduto da lettere di intenti, accordi di riservatezza etc.), la cui stipulazione richiede l'intervento, oltre che delle parti venditrice e acquirente, dei consulenti di entrambe (avvocati, consulenti finanziari ed economici, ingegneri etc.), e lo svolgersi di numerose riunioni in cui vengono cambiati di continuo i termini dell'accordo, vi è tutta una serie di ulteriore documentazione che viene accordata tra le parti, e ognuno di questi contratti presenta problematiche a sé stanti, nonché rappresenta una autonoma e ulteriore fonte di responsabilità (ad esempio, è prassi che le parti sottoscrivano, a lato del contratto di vendita, accordi parasociali con il quale viene deciso come gestire la società oggetto di acquisizione, contratti di collaborazione con determinate figure chiave dell'azienda etc. Ancora, i meccanismi di calcolo del corrispettivo sono assai complessi, in quanto in molti casi esso non viene pagato in un'unica soluzione, ma è il frutto di complicati calcoli che spesso tengono anche in considerazione avvenimenti successivi alla cessione dell'azienda. È il caso, ad esempio, dei vari meccanismi di così detto *price adjustment* elaborati nell'ambito dei contratti di compravendita di partecipazioni azionarie).

dei paesi di *common law* e *civil law* sotto un profilo meramente normativo, ad un'analisi economica delle stesse sotto un profilo positivo, per vedere come, nelle diverse giurisdizioni, è stata calata la disciplina della responsabilità precontrattuale in tale particolare contesto, e quali soluzioni sono state adottate. Particolare rilievo assume l'analisi di quegli accordi e documenti che la prassi ha sviluppato all'interno di questa fase al fine di disciplinare le "regole del gioco". Permea la presente opera un continuo *crossover* tra detti accordi e la responsabilità precontrattuale, sulla base dell'assunto per cui *"la tematica della precontractual liability si è evoluta di pari passo con la diffusione dei (...) accordi precontrattuali, cosicché i discorsi sulla prima per gran parte sono coincisi con quelli volti ad evidenziare la necessità di regole certe ed organiche per siffatta tipologia di accordi, in risposta alle esigenze della prassi"*³⁵.

Infine, cercheremo, mediante l'applicazione di meccanismi e ragionamenti, tratti dalle aree della *decision analysis* e della *contracting theory*, a casi esemplificativi, di valutare, sempre in un'ottica giuseconomica, quali discipline della responsabilità precontrattuale siano meglio in grado di creare i giusti incentivi per il raggiungimento della stipulazione dei contratti nell'ambito delle operazioni straordinarie, partendo dal duplice assunto per cui (i) una regola è buona quando aiuta le parti a raggiungere i propri obiettivi, rendendo l'esecuzione del contratto meno onerosa che la sua rottura, (ii) il contratto, quale strumento per lo scambio di beni da chi li valuta di meno a chi li valuta di più, rappresenta uno strumento efficiente in un'ottica di analisi economica e, pertanto, da incentivare. Per raggiungere tale obiettivo, risulta imprescindibile la ricerca della disciplina maggiormente efficiente della fase (o, meglio, delle fasi) prodromiche alla stipulazione del contratto, senza le quali non è possibile giungere ad un accordo.

Il presente lavoro è, di conseguenza, così composto: nel primo capitolo analizzeremo l'attuale stato a cui sono giunte dottrina e giurisprudenza italiane con riferimento, in generale, al concetto di responsabilità precontrattuale, soffermandoci in particolare sul sopra accennato "scontro" a cui sono giunti i giudici ermellini, con la recente affermazione della natura aquiliana della responsabilità in esame; passeremo poi ad esaminare, nello specifico, come il tema della responsabilità precontrattuale si cali nell'ambito delle operazioni straordinarie regolate dal diritto italiano, e quali prassi si siano sviluppate in questo settore per far fronte alle relative problematiche; nel secondo capitolo, passeremo all'analisi comparatistica della responsabilità

³⁵ L. M. FRANCIOSI, *Trattative*, op. cit., pag. 409.

precontrattuale: innanzitutto, osserveremo la disciplina del fenomeno nei principali ordinamenti di *common law* (Inghilterra e Stati Uniti) per poi passare, nuovamente, alla verifica delle problematiche, e delle relative soluzioni, non solo dal punto normativo, ma anche di prassi che si sono sviluppate, nell'ambito delle operazioni straordinarie governate dalle leggi dei suddetti paesi; nel terzo capitolo, proveremo a verificare, facendo ricorso ad esempi concreti, quali siano i problemi che si pongono gli operatori economici coinvolti nelle operazioni straordinarie, i relativi ragionamenti, e come la disciplina della responsabilità precontrattuale sia in grado di incidere su questi, creando i corretti incentivi, al fine di selezionare la regolamentazione che risulti maggiormente efficiente; infine, dopo una breve sintesi dei risultati raggiunti, seguiranno le conclusioni dell'autore.

CAPITOLO I

Parte I

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NEL DIRITTO ITALIANO

Sommario 1. Brevi premesse storiche – 2. La responsabilità precontrattuale in Italia – 3. Il codice civile del 1942 – 4. La tripartizione delle fattispecie di responsabilità precontrattuale – 5. La qualificazione giuridica della responsabilità precontrattuale – 6. Tesi a favore della responsabilità extracontrattuale – 7. Tesi a favore della responsabilità contrattuale – 8. Teoria del *tertium genus* – 9. Il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale – 10. Il concetto di buona fede – 11. Responsabilità precontrattuale nell’ambito del diritto europeo

1. *Brevi premesse storiche*

Qualsiasi discorso attorno alla responsabilità precontrattuale non può esimersi dal dedicare brevi cenni nelle sue premesse alla celeberrima opera di *Rudolf Von Jhering* sul tema in esame. Ci riferiamo, ovviamente, al saggio intitolato “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz, bei nictigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”¹ di cui, fortunatamente, esiste anche una traduzione in italiano² (e alla quale si farà riferimento nel presente testo).

L’Autore, ormai quasi due secoli fa, teorizzava la necessità di approntare una qualche tutela alle parti di un contratto ancora *in fieri*, all’epoca prive di protezione nei confronti di comportamenti scorretti della propria controparte, in particolare nei contratti di acquisto, sia quando questo, dopo le negoziazioni, non si fosse perfezionato, sia quando, pur perfezionatosi,

¹ In *Jhering für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1861.

² La traduzione italiana, curata da PROCCHI, è consultabile all’interno della Collana Antiqua, ed è intitolata “*Della culpa in contrahendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*”, Napoli, 2005.

fosse da dichiarare nullo, e ciò unicamente a causa del suddetto comportamento contrario a diritto di una delle parti³. L'Autore, nell'elaborare la sua teoria, si richiamava al concetto di invalidità del contratto di vendita, come elaborato nel diritto romano⁴. A supporto di tale tesi, l'Autore citava alcuni esempi: quello che oggi definiremmo un "errore di battitura", la trasmissione errata di un'offerta o di un'accettazione, un errore essenziale di una parte riguardo all'identità della propria controparte (nei casi di *intuitus personae*) o sull'oggetto della compravendita, in grado di influire irrimediabilmente sulla validità del contratto. Se, a causa di uno di questi fatti, ad esempio un soggetto avesse acquistato per errore 100 anziché 10 chili del prodotto voluto, egli non era tenuto a rimborsare al venditore il costo relativo al trasporto della merce rifiutata. Tale mancanza di *diligentia in contrahendo* impediva la conclusione di un contratto valido, e fece sì che il giurista tedesco si chiedesse se la parte in errore non fosse da ritenere responsabile nei confronti della propria controparte che aveva subito un danno a causa dell'affidamento riposto nella validità del contratto. La risposta, secondo Jhering, era ovviamente affermativa. Non solo. L'Autore prendeva anche posizione sulla tipologia di danni risarcibili in siffatte situazioni, affermando che la legge avrebbe dovuto ricondurre la parte danneggiata nella posizione in cui si trovava prima del verificarsi dell'evento dannoso, tramite il risarcimento di quelli che, nella nostra terminologia, definiremmo interessi negativi (e che, anche se in maniera non totalmente corretta, potremmo tradurre in inglese con l'espressione "*reliance damages*"). Tale risarcimento del danno, inoltre, secondo l'Autore, rappresentava l'elemento caratteristico che consentiva di distinguere tra contratto valido ed invalido: solo nel

³ Cfr. "In Jhering's view, the German common law of his day, the so-called *Gemeines Recht*, was seriously defective in not paying sufficient attention to the needs of commerce. It did not adequately correct the will theory and the meeting of minds requirement", FREDRICH KESSLER & EDITH FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study* (1964) 77 Harvard Law Review, vol. 77, 401.

⁴ Più approfonditamente, è stato notato come Jhering si sia ispirato all'ipotesi di vendita di eredità inesistente, nonché della "*alienazione di res extra commercium e, segnatamente, di loca sacra vel religiosa*". Qualora il venditore avesse omesso di comunicare all'acquirente le condizioni dell'oggetto di compravendita, e da tale omessa comunicazione ne fosse derivata la nullità della vendita stessa, l'acquirente in buona fede aveva il diritto di esercitare, a propria difesa un'*actio empti*: "*Si trattava, dunque, di azioni contrattuali (actiones ex empto o quasi ex empto) concesse in caso di invalidità del contratto di vendita riconducibile a caratteristiche intrinseche della res, rispetto a cui si individuava un profilo di responsabilità del venditore*"; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contratti e impresa*, n. 1, 2017, p. 237.

primo caso, infatti, la parte danneggiata aveva diritto a vedersi risarcita di quello che oggi viene comunemente definito come interesse positivo⁵, corrispondente all'interesse della parte incolpevole all'esecuzione del contratto.

Dall'analisi del testo di *Jhering* emergono due elementi fondamentali: innanzitutto, la centralità del concetto di colpa, quale cardine su cui fondare la responsabilità precontrattuale di una delle parti; in secondo luogo, la natura contrattuale di detta responsabilità “*siccome correlata all'inadempimento di un'obbligazione di diligenza promanante dal rapporto precontrattuale*”⁶.

Il diritto tedesco⁷ contemporaneo all'epoca in cui l'Autore lavorava al suo celebre saggio non additava alcuna responsabilità alla parte la cui *culpa* avesse condotto ad uno dei due esiti sopra citati, ed era pertanto incapace di proteggere adeguatamente l'affidamento dei soggetti danneggiati e, in generale, i rapporti precontrattuali. Ciò in quanto, sia nel caso di mancata conclusione, che di contratto nullo, non si era perfezionato alcun valido contratto tra le parti. Egli inoltre già si interrogava sulle difficoltà scaturenti dal cercare di sussumere tali fattispecie sotto una delle due forme di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale⁸. Si evince, quindi, come tratto caratterizzante della responsabilità analizzata dall'Autore tedesco fosse, in primo luogo, la presenza di una qualche “colpa” addebitabile alla parte (asseritamente) responsabile. Gli altri elementi necessari affinché si potesse fornire tutela all'affidamento incolpevole di una

⁵ Cfr. E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale*, *ibidem*.

⁶ N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattati a cura di Paolo Cendon, Giuffrè, 2008, p. 4.

⁷ Ricordiamo che, all'epoca, non era ancora entrato in vigore il codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* o, *breviter*, BGB), per il quale bisognerà aspettare il 1° gennaio 1900. Il diritto allora vigente era formato e disciplinato da un variegato insieme di fonti, sia di applicazione locale, che di applicazione comune: da una parte vi era il diritto romano del *Corpus Iuris Civilis* giustiniano, così come elaborato dalla dottrina della *scientia juris*; vi erano poi diversi codici: da quello *Maximilianeus Bavaricus civilis* del 1756, a quello Napoleonico del 1804, nonché il codice civile prussiano del 1794, senza contare, inoltre, le molteplici consuetudini diffuse su tutto il territorio. Si veda A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3 ed., Utet Giuridica, 2008. I principi espressi da *Jhering*, tuttavia, per quanto ispirarono certamente alcuni articoli del BGB, non trovarono pieno ed espresso accoglimento all'interno di una disciplina specifica. Per un'analisi più dettagliata si veda A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)* in Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1998, XVII, 391.

⁸ E, come vedremo, quasi due secoli non sono bastati ad addivenire ad un punto saldo sulla questione.

parte erano rappresentati, secondo il giurista tedesco, dalla apparente (e non effettiva⁹) conclusione del contratto di vendita e dalla nullità dello stesso a causa della assenza della cosa venduta, da ricondursi al venditore della *res*. Infine, era necessario che l'acquirente non fosse a conoscenza di tale vizio e, quindi, avesse riposto un affidamento incolpevole. In presenza di tali presupposti, la parte tratta in inganno aveva diritto ad essere risarcita dei danni subiti a causa del comportamento illecito di controparte.

Nella sua opera, in conclusione, *Jhering* teorizzò il principio di *diligentia in contrahendo*¹⁰, in forza della quale già nella fase preliminare delle trattative sorgevano in capo alle parti di queste specifici obblighi positivi di comportarsi secondo buona fede (che si estrinsecano in doveri di protezione, diligenza e informazione¹¹), derivanti dal contatto tra le parti avvenuto tramite le negoziazioni.

L'opera di *Jhering* fu di sicuro impatto, non solo all'interno dei confini nazionali, ma anche all'estero¹². Uno degli ordinamenti ad essere, per l'appunto, influenzato dalle idee espresse dal giurista germanico fu proprio il nostro.

⁹ Come invece richiesto dall'allora vigente diritto tedesco.

¹⁰ Cfr. F. FORTE, M. S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Il Corriere Giuridico*, 2013, fascicolo 11 (supplemento), p. 12. Gli Autori, inoltre, aggiungono come “*La forma processuale per far valere la pretesa risarcitoria in conseguenza della culpa in contrahendo, individuata già dalla citata dottrina, era l'azione contrattuale, attraverso la quale la parte incorsa nella colpa doveva risarcire il danno all'altro contraente*”. Si veda anche E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 Colum. L. Rev. 217, 294 (1987), il quale precisa che “*Jhering himself was concerned primarily with such problems as the effect of culpa on contracts concluded by mistake and never applied his thesis to situations involving failed negotiations. It was a French scholar, Raymond Saleilles, who in 1907 advanced the view that after parties have entered into negotiations, both must act in good faith and neither can break off the negotiations "arbitrarily" without compensating the other for reliance damages*”.

¹¹ Cfr. L. M. FRANCIOSI, *Trattative op. cit.*, p. 65.

¹² “*Although Jhering's reading of the then existing law, particularly his interpretation of the Roman sources, and the culpa rationale he advanced were subjected to criticism, his basic ideas have strongly influenced the development of many though not all civil law systems*”; FREDRICH KESSLER & EDITH FINE, *Culpa in Contrahendo*, *ibidem*.

2. *La responsabilità precontrattuale in Italia*

«Per ritenere integrata la responsabilità precontrattuale occorre che tra le parti siano in corso trattative; che queste siano giunte ad uno stadio idoneo ad ingenerare, nella parte che invoca l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che esse siano state interrotte, senza un giustificato motivo, dalla parte cui si addebita detta responsabilità; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. La verifica della ricorrenza di tutti tali elementi si risolve in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivato»¹³

La massima sopra riportata ben sintetizza i tratti essenziali che attualmente caratterizzano la responsabilità precontrattuale nel nostro ordinamento. Tuttavia, da un lato, il percorso per giungere allo stato attuale non è stato sempre lineare, dall'altro, vi sono ancora diversi temi su cui dottrina e giurisprudenza non sono approdati ad un'interpretazione uniforme. Nelle pagine che seguono ripercorreremo, senza pretesa di esaustività, i principali passaggi che hanno condotto allo *status quo*, al fine di poter poi meglio cogliere le problematiche connesse all'applicazione di detti principi allo specifico settore delle operazioni straordinarie.

Come abbiamo visto, l'esigenza di approntare una tutela ai consociati nei confronti di comportamenti scorretti di controparte nella fase antecedente al raggiungimento di un accordo, tutela che quindi non poteva essere fornita dai rimedi contrattuali, era già sentita nel diciannovesimo secolo. Fino ad allora, soltanto la presenza di un contratto era in grado di fornire una protezione alle parti coinvolte, in ossequio al principio (tutt'ora vigente, ma chiaramente rivisitato) di libertà contrattuale, che si estrinseca anche nella libertà di non concludere un contratto¹⁴. Detta libertà, cardine dell'autonomia contrattuale, non poteva tuttavia giustificare

¹³ Cassazione civile, sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545, in *Giustizia civile massimario*, 2016.

¹⁴ Non solo nei paesi di *common law*, ma anche in Italia (seppur oltre un secolo fa) parte della dottrina, in difesa di tale libertà di non addivenire alla conclusione di un contratto, si oppose all'introduzione di una responsabilità precontrattuale, in quanto temeva che siffatta responsabilità rappresentasse un'ingiusta limitazione della libertà di contrarre. Cfr. G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 14 e ss. Come è stato notato: *“Il principio ordinante dell'universo contrattuale era dato dal principio della libera*

eventuali condotte lesive delle altrui posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, poste in essere nella fase delle trattative, indipendentemente dalla successiva stipulazione o meno di un contratto¹⁵.

Ciononostante, il codice civile del 1865, seppur contemporaneo all'opera di *Jhering*, non avendo avuto ancora il tempo di subirne l'influenza, non forniva alcun espresso rimedio alla parte danneggiata dal comportamento di controparte nel corso delle negoziazioni. Al fine di approntare una qualche forma di tutela a tali soggetti, le illecite condotte precontrattuali venivano sanzionate solamente mediante la sussunzione delle stesse sotto il campo di applicazione di una norma di portata generale relativa a tutti i casi di responsabilità civile¹⁶, da

volontà delle parti e, quale suo aspetto, dal carattere non vincolante delle trattative", N. SAPONE, *La responsabilità contrattuale*, in Trattati a cura di Paolo Cendon, Giuffrè, 2008, p. 10.

¹⁵ Come è stato correttamente notato, si faceva sempre più pressante l'“*esigenza di tutelare coloro che si vedono lesi, in una fase che precede la formazione dei vincoli contrattuali, nella quale il rapporto che si crea con l'altro si fa – da un certo punto in poi – contatto qualificato, rilevante per l'ordinamento giuridico*””; F. FORTE, M. S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative*, *ibidem*, p. 12. La situazione descritta in parte anticipa quella che è la moderna definizione di “contatto qualificato” a base della giustificazione, da parte della recentissima giurisprudenza e della dottrina, della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, come meglio vedremo *infra* in questo capitolo.

¹⁶ Si ricorda che, sotto la vigenza del precedente codice, era ancora presente la quadripartizione delle fonti delle obbligazioni, secondo il modello giustiniano: contratto, quasi-contratto, delitto e quasi-delitto. Cfr. art. 1097, Libro III, Titolo IV, Capo I (delle cause delle obbligazioni): “*Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto*”. Come correttamente notato in un breve *excursus* della giurisprudenza di legittimità con la recente sentenza che ha sposato la tesi della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (su cui si veda più diffusamente *infra*), i problemi connessi alla qualificazione di tale responsabilità derivano, almeno in parte, dalle ambiguità classificatorie delle fonti delle obbligazioni, le cui origini risalgono al diritto romano: “*Anche nella dottrina romana più antica la classificazione delle fonti delle obbligazioni si ridusse al dualismo tra obligationes ex contractu o ex maleficio ed obligationes ex delicto, laddove al contractus venne attribuito l'esclusivo significato di negozio giuridico bilaterale diretto a creare un vincolo obbligatorio finalizzato ad una prestazione, consistente della dazione di denaro o di una cosa. E ciò in conformità alla tradizionale (Gaio) definizione di obbligazione come "iuris vinculum", tutelato dall'ordinamento e diretto a costringere il debitore ("necessitate adstringimur") a dare alcunché al creditore ("alicuius solvendae rei") a titolo di prestazione nascente, dapprima solo dal contratto, poi anche dal delitto. E tuttavia, la bipartizione non incontrò il favore della giurisprudenza, in special modo del praetor peregrinus, che si sforzò di configurare un'obbligazione da atto lecito, pure in assenza di un negozio bilaterale. Tale opzione ermeneutica trovò, infine, un coronamento nel Digesto giustiniano, nel quale alle*

cui deriverà l'attuale art. 2043 cod. civ.: l'allora vigente art. 1151¹⁷, che dava rilievo istituzionale al principio del *neminem ledere*, di cui la *culpa in contrahendo* rappresentava una delle (molteplici) violazioni¹⁸. Tale responsabilità, di conseguenza, ricadeva nell'area dell'illecito aquiliano.

La dottrina italiana, sotto l'influenza della scuola di pensiero maggioritaria francese¹⁹, pur nella citata assenza di una specifica previsione normativa, riconosceva che colui che si fosse reso responsabile nella fase delle trattative dovesse venire condannato a risarcire alla controparte i danni connessi a detta illecita condotta.

Inoltre, un qualche riconoscimento legislativo della responsabilità precontrattuale, seppur limitato ad uno specifico campo di applicazione, rappresentato dal "contratto bilaterale" concluso da persone lontane, era presente, come notato da un Autore²⁰, nel Codice del

obbligazioni ex contractu ed a quelle ex delicto o ex maleficio, si affiancarono le obligationes "ex variis causarum figuris", che divennero, poi, nelle successive Istituzioni, obligationes "quasi ex contractu". Nella categoria del "quasi contractus" il diritto romano post-classico annoverò, dunque, quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio, ma nei quali vi era comunque un contatto tra le parti che generava un'obbligazione in qualche modo assimilabile a quella contrattuale donde il nomen di "quasi contractus" - come nel caso dell'indebito, nel quale l'obbligo della restituzione scaturiva dal mero fatto del pagamento erroneamente eseguito, o della negotiorum gestio, scaturente da un'attività intrapresa allo scopo di fare cosa utile ad altri". Cfr. Cassazione Civile, sez. I, del 12 luglio 2007, n. 14188.

¹⁷ Rubricato "Dei delitti e dei quasi delitti", l'articolo prevedeva, in un linguaggio non troppo lontano da quello attuale, che "*Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno*".

¹⁸ C. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, 39; A. ASCOLI, *Il dolo come causa d'annullamento dei contratti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, I, 2, c. 443.

¹⁹ Si precisa che nemmeno in Francia il codice civile napoleonico conteneva una espressa disciplina della responsabilità precontrattuale. La stessa verrà introdotta successivamente dalla giurisprudenza, mentre l'influenza a cui qui si fa riferimento è solamente quella esercitata dalla dottrina del tempo, che, nella sua famosa opera esegetica, andava a colmare le lacune del codice civile del 1804, tra cui l'assenza di una regolamentazione della responsabilità per comportamenti illeciti nella fase delle trattative.

²⁰ Cfr. F. FORTE, M. S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative*: *ivi*, p. 12. Lo stesso Autore riporta come l'applicazione della norma contenuta nel Codice del commercio sia stata sporadica, ed anche in dottrina non fu degna di particolari note "*anzitutto in ragione del primato ancora indiscusso del*

Commercio del 1882 il quale, all'art. 36, stabiliva che *“Sino a che il contratto non è perfetto, l'accettazione e la proposta sono revocabili; ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopoché questa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni”*.

Tornando all'opera della dottrina dell'epoca, essa iniziò ad enucleare il principio della responsabilità precontrattuale mediante un processo di tripartizione della fase prodromica al raggiungimento di un contratto: da una prima fase, in cui la volontà delle parti è ancora indefinita, ma vi è, almeno *in nuce*, una comunanza di idee, si passa ad un secondo stadio, in cui la volontà delle parti va determinandosi con maggior chiarezza, anche se non in modo tale da raggiungere uno stato di definitività, per giungere infine alla terza fase, in cui la volontà comune delle parti è ormai delimitata e manca solamente il loro incontro. Entro ciascuna di queste fasi prevale ancora il principio della libertà contrattuale, nella sua espressione negativa di libertà di non concludere un contratto, senza alcuna conseguenza negativa. Al fine di escludere la possibilità di recedere in tale fasi, sarebbe stato necessario esprimere chiaramente tale volontà. Solo in presenza di un siffatto accordo contrattuale nella fase delle negoziazioni, in grado di vincolare le parti, il recesso sarebbe divenuto non più giustificato dal *favor* rappresentato dal dogma della libertà, ingiustificato e, di conseguenza, fonte di responsabilità²¹.

Ancora, un altro Autore²², prendendo le mosse dall'opera di *Jhering* sulla responsabilità precontrattuale e dalla dottrina tedesca, alcuni anni dopo l'emanazione del codice civile del 1865, arrivò a teorizzare un generale obbligo di buona fede delle parti nella fase delle trattative precontrattuali, partendo dall'analisi di specifiche fattispecie di invalidità contrattuali derivanti o dall'inidoneità dell'oggetto o delle condizioni soggettive di una delle parti.

principio di autonomia privata, di cui il libero recesso dalle trattative era espressione principale ed, in secondo luogo, per la considerazione che la norma de qua era collocata erroneamente tra le “obbligazioni commerciali in generale” (Titolo VI, Libro I del codice del commercio del Regno d'Italia), dovendo invece inquadarsi nella responsabilità extracontrattuale”.

²¹ G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918. Si noti come il *focus* dell'Autore sia, unicamente, sulla responsabilità precontrattuale derivante dall'ingiustificato recesso delle trattative, fattispecie che, come già accennato, è stata sicuramente per molto tempo la più dibattuta dalla dottrina che si è interrogata sui temi posti dalla disciplina della responsabilità precontrattuale.

²² G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897.

Il pensiero della dottrina non tardò ad influenzare anche l'approccio della giurisprudenza di legittimità sul tema in esame. Di fatti, la Cassazione, alcuni anni dopo, giunse ad affermare l'obbligo del risarcimento delle spese sostenute a carico della parte che, nel corso delle negoziazioni antecedenti la sottoscrizione di un contratto, avesse esercitato il diritto di recesso illecitamente (*rectius*, senza un giustificato motivo). Ciò in quanto la parte che si sia resa disponibile a trattare, per quanto non fosse obbligata ad addivenire alla effettiva conclusione di un contratto, si era quantomeno impegnata a non sottrarsi alle trattative senza un giustificato motivo²³.

3. *Il codice civile del 1942*

Il percorso iniziato dalla dottrina e seguito dalla giurisprudenza, sotto la spinta delle influenze franco-germaniche²⁴, colmò in una espressa (per quanto succinta) regolamentazione del fenomeno della responsabilità precontrattuale in due distinti articoli del codice civile del 1942, agli articoli 1337 e 1338²⁵. Il primo, rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale", sancisce che

«Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede»

Il secondo, invece, rubricato "Conoscenza delle cause di invalidità", stabilisce che

²³ Così Cassazione Civile del 6 febbraio 1925, riportata in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1925, II, 428.

²⁴ Ciò nonostante, si rammenta, in tali realtà il principio della tutela risarcitoria derivante dall'illecito comportamento di una parte nella fase delle negoziazioni precontrattuali si basasse non su di una generica disciplina del fenomeno in esame, in quanto la legislazione di tali paesi si limitava ad enunciare solamente determinate fattispecie di responsabilità precontrattuale, ma sul formante dottrinale e giurisprudenziale, i quali introdussero con la loro opera il principio *Jhegeriano* della *culpa in contrahendo*. Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, 287.

²⁵ Collocati, lo si precisa, nel titolo II, Libro IV del codice civile, dedicato ai contratti.

«La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto»

Con specifico riferimento all'art. 1337 cod. civ., questa norma, formulata in maniera “elastica”, non essendo possibile disciplinare specificatamente ogni singola fattispecie in cui si può estrinsecare la responsabilità precontrattuale, trovò inizialmente scarsa applicazione “*in quanto precetto considerato solo morale e comunque privo di sanzione, per non essere rapportato immediatamente alla formazione e conclusione dei contratti, regolando solo “comportamenti” fonti di obblighi risarcitori, come tali non inquadrabili nell'eventuale accordo di cui agli artt. 1321 e ss. c.c.*”²⁶. Tanto è vero che si è parlato in dottrina di “moralizzazione” della trattativa contrattuale e della formazione del contratto²⁷. Ne conseguì che, nonostante la sua formulazione generica, la dottrina si limitò a far ricadere nell'ambito di operatività dell'art. 1337 cod. civ. solamente due fattispecie: quella relativa all'invalidità del contratto, ed il caso di recesso ingiustificato dalle trattative. Anche la giurisprudenza, dal suo canto, diede alla responsabilità precontrattuale un'applicazione “standardizzata”, in particolare con riferimento al recesso senza giusta causa dalle trattative. Dall'analisi di tali sentenze, emerge come gli elementi caratterizzanti della responsabilità precontrattuale fossero: (i) la presenza di un contratto *in fieri*, (ii) l'affidamento riposto da una delle parti rispetto alla conclusione di tale contratto; (iii) un recesso senza giustificato motivo della controparte, (iv) il relativo danno patito dalla parte non recedente.

Attraverso l'opera esegetica degli interpreti, tuttavia, il campo di applicazione andò mano a mano ampliandosi, restituendo alla norma quella portata generale che le era propria. La ristretta portata in cui era stata inizialmente incatenata la previsione dell'art. 1337 cod. civ., infatti, non consentiva di reprimere tutte quelle altre forme di scorrettezza che era possibile perpetrare nella fase delle negoziazioni, e che di certo non si limitavano al caso di ingiustificato recesso quando le trattative erano giunte ad un punto tale da giustificare un legittimo

²⁶ F. FORTE, M. S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Il Corriere Giuridico*, 2013, fascicolo 11 (supplemento), p. 13.

²⁷ “Essendo l'art. 1337 diretto a moralizzare le trattative per assicurare un regolare svolgimento del traffico negoziale, essa è una norma di chiusura volta ad operare quando l'esistenza di spazi vuoti di diritto lascia impunita la disonestà e la slealtà del trattare”; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, op. cit., pag. 298. In termini simili anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Utet Giuridica, 2016, p. 1183.

affidamento di una parte nella loro conclusione. A risultare particolarmente imprigionato dalla prima interpretazione della norma era stato innanzitutto il principio di buona fede oggettiva sancita dall'art. 1337 cod. civ.

Da un lato, quindi, la dottrina riconobbe come con l'espressione "responsabilità precontrattuale" si individuino *"tutte quelle forme di responsabilità civile che sorgono a carico di un soggetto verso un altro soggetto, per danno arrecato dal primo al secondo nella fase di formazione di qualsiasi contratto, per violazione della regola di buona fede"*²⁸. Dall'altro, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che *"La regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto"*²⁹.

Il dettato della norma, tuttavia, nella sua sinteticità, lascia aperti molteplici dubbi interpretativi. In particolare, la nozione di parti (ovvero l'ambito di applicazione soggettiva) e trattativa (l'ambito di applicazione oggettiva) non vengono specificate. Né è chiaro in che

²⁸ L. ROVELLI, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza*. op. cit.

²⁹ Cassazione Civile, sez. I, 23 marzo 2016 n. 5762, con nota G. TARANTINO, *La violazione della buona fede nelle trattative rileva anche nel caso di contratto concluso tra le parti*, cit., pag. 71. Tale principio è ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, la quale si è espressa diverse volte in termini simili: Cassazione civile, sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, con note di F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità nell'intermediazione finanziaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 6, 2006, pag. 1087; C. E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2006, pag. 626. Si vedano anche Cassazione Civile, sez. I, 23 marzo 2016 n. 5762; Cassazione Civile, sez. VI, 21 ottobre 2013 n. 23873; Cassazione Civile, sez. II, 10 gennaio 2013 n. 477; Cassazione Civile, sez. III, 08 luglio 2010 n. 16149; Cassazione Civile, sez. III, 08 ottobre 2008 n. 24795.

momento inizi la negoziazione, o da quando sorga la relativa responsabilità. Soprattutto (ed è questo il punto su cui dottrina e giurisprudenza si sono divise maggiormente) quale sia la natura della responsabilità precontrattuale.

L'art. 1338 cod. civ., invece, secondo la dottrina maggioritaria, rappresenta una *species* del più ampio *genus* delineato dall'art. 1337 cod. civ., di cui il legislatore ha preferito regolare specificatamente una sola fattispecie³⁰. Ne discende che il dovere di informazione derivante dalla conoscenza di una causa di invalidità del contratto non rappresenta certamente l'unico caso di dovere di informazione (e di conseguente violazione di tale obbligo) da cui possa derivare una responsabilità precontrattuale delle parti³¹. Anzi, il dovere in questione rappresenta

³⁰ Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 13, secondo cui “l'art. 1337 è una disposizione base (...) mentre l'art. 1338 non è che un'applicazione specifica del principio della norma precedente”. Conformi, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, III edizione, in Commentario del codice civile, Torino, 1980; V. CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale*, in Enciclopedia del diritto, XXXIX, Milano, 1988.

³¹ Si segnala tuttavia che in dottrina si è sostenuto che il dovere di comunicazione ex art. 1338 cod. civ. rappresenti l'unica fattispecie di obbligo informativo nella fase precontrattuale, in quanto altrimenti la specificazione effettuata dal legislatore rispetto alla norma generale di cui all'art. 1337 cod. civ. non si spiegherebbe. Ne deriverebbe, secondo l'Autore, che l'art. 1338 cod. civ. non sarebbe dotato di valenza generale in campo di obblighi informativi nella fase prodromica alla stipulazione di un contratto, e che un siffatto dovere riguardi unicamente le cause di invalidità contrattuale ex art. 1338 cod. civ. In conclusione, sarebbe da “escludere pertanto l'esistenza di un generale obbligo precontrattuale di informazione fondato sulla clausola di buona fede ex art. 1337”. Cfr. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato del contratto, diretto da Roppo, V, pag. 1035. Tale posizione è espressamente contrastata da N. SAPONE, secondo cui “(...) la previsione contenuta nell'art. 1338 appare tutt'altro che superflua. Ragion per cui di per sé non impedisce di ritenere incorporato nel precetto di cui all'art. 1337 un dovere d'informazione autonomo, ulteriore rispetto a quello prescritto dall'art. 1338 e da norme specifiche. Dovere che, siccome discendente da una clausola generale, non può che avere carattere generale”; cfr. *La responsabilità precontrattuale*, pag. 139. Anche l'analisi della giurisprudenza che si esprime in materia di applicabilità degli artt. 1337 e 1338 cod. civ. ai contratti che siano stato conclusi sembra remare a favore di quest'ultima interpretazione. Se, di fatti, nel nostro diritto è possibile applicare la disciplina della responsabilità precontrattuale anche ai casi in cui un contratto sia stato validamente concluso (seppur, in assenza di tale comportamento scorretto, lo stesso sarebbe stato concluso diversamente), *a fortiori* si può ritenere che la responsabilità per omessa comunicazione di informazioni che comportino l'invalidità di un contratto rappresenti unicamente una *species* all'interno di un più ampio *genus* relativo agli obblighi di informazione nella fase delle trattative. Si veda al riguardo la già citata Cassazione civile, sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, in Giustizia Civile,

una delle fattispecie che ha dato vita, dopo il recesso ingiustificato dalle trattative, a forse la più ampia casistica nella giurisprudenza italiana e non solo³². Non è mancato, tuttavia, chi abbia sostenuto che la natura del rapporto tra gli articoli in esame sia differente, rappresentando entrambi fattispecie distinte³³. È stato infatti sostenuto che solamente nell'ipotesi di cui al primo articolo una parte abbia (incolpevolmente) confidato nella successiva conclusione del contratto, mentre nella seconda fattispecie si fa riferimento (non più alla conclusione ma) alla validità dello stesso³⁴. Tale differenza si ripercuote sulla quantificazione del danno risarcibile, commisurato, non più alla mancata conclusione del contratto, ma al fatto di aver fatto affidamento sulla sua validità. Inoltre, solo l'art. 1337 cod. civ. ha quale scopo quella "moralizzazione" delle parti (cui abbiamo accennato *supra*) in quanto ben potrebbe essere il caso che una parte non fosse a conoscenza della invalidità del contratto. Ancora, diverso sarebbe il regime della responsabilità per le due ipotesi in esame: extracontrattuale per l'art. 1337 cod.

Massimario, 2016; Foro italiano, 2016, 5, I, 1703 (con nota di Pardolesi); Diritto & Giustizia 2016, 3 ottobre, secondo cui: *"La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso"*.

³² In particolare, con riferimento agli obblighi di informazione ricadenti sulle Pubbliche Amministrazioni quando si relazionano con i privati.

³³ In tal senso, D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999; conforme L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Un altro autorevolissimo Autore è invece dell'idea che entrambe le fattispecie in esame, più che in rapporto di genere a specie tra di loro, rappresentino entrambe due distinte modalità in cui si estrinseca la responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ. Cfr. R. SACCO, *Il Contratto*, in Trattato di diritto civile, diretto da F. Vassalli, VI, Torino, 1975.

³⁴ Come sottolineato anche da Cassazione civile, sez. II, 26 maggio 1992, n. 6294: *"La responsabilità prevista dalla norma di cui all'art. 1338 c.c. in tema di colpa precontrattuale, a differenza della fattispecie prevista dall'art. 1337, non tutela l'affidamento di una delle parti sulla conclusione del contratto, ma l'affidamento della parte sulla validità del contratto"*. In termini analoghi si è espressa Cassazione Civile, sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629.

civ., da inadempimento quella *sub* art. 1338 cod. civ.³⁵. La giurisprudenza di legittimità, invece, si è espressa in linea con il pensiero maggioritario fatto proprio dalla dottrina, ribadendo il rapporto di specie a genere tra le disposizioni in esame³⁶.

Il fondamento della responsabilità *ex* art. 1338 cod. civ. è stato rinvenuto in dottrina, ora nella conoscenza (effettiva o presunta) di un vizio del contratto, e nel non averne dato notizia³⁷, ora nell'aver sottoscritto un contratto non valido³⁸. La distinzione non pare avere particolari risvolti dal punto di vista applicativo della norma.

Infine, la dottrina si è divisa altresì sull'applicazione della norma in commento ai casi di contratto non invalido, bensì inefficace (nel senso di assenza di un requisito legale di efficacia del contratto), nonché di contratto inesistente. Con riferimento a quest'ultima fattispecie, da un lato, un Autore ha affermato come non possa ritenersi degno di alcuna tutela l'affidamento riposto da una parte nei confronti di un contratto che sia privo dei requisiti legali, né sarebbe configurabile un qualsivoglia obbligo di comunicazione nei confronti di un contratto che, in quanto inesistente e, quindi, carente dei requisiti minimi essenziali, non sarebbe neppure

³⁵ Così D. PALMIERI, *ibidem*. Contrario, N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, secondo cui “Costituisce acquisizione ormai pacifica quella per cui anche la responsabilità discendente dall’art. 1338 c.c. ha natura extracontrattuale”. In tal modo si è espressa anche la giurisprudenza: “La violazione degli obblighi nascenti dallo svolgimento delle trattative, dalla formazione del contratto, nonché dalla conoscenza delle cause di invalidità dello stesso, danno luogo a responsabilità extracontrattuale”; Cassazione civile, sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299, in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, 932. Conformi, Cassazione Civile, 24 marzo 2004, n. 5941; Cassazione Civile, 5 giugno 1998, n. 5570. Si segnala tuttavia Cassazione Civile, 11 maggio 1990, n. 4051 che ha espresso alcuni dubbi in merito a tale inquadramento della responsabilità precontrattuale *ex* art. 1338 cod. civ.

³⁶ In particolare, Cassazione Civile, sez. lav., del 21 agosto 2004, n. 16508, in *Massimario della giustizia civile*, 2004, 7 – 8, secondo cui “La responsabilità *ex* art. 1338 c.c., che costituisce una specificazione della responsabilità precontrattuale di cui all'articolo precedente, presuppone non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità” (enfasi aggiunta). Conforme, Cassazione Civile, sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629.

³⁷ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1974.

³⁸ C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, Milano, 2000.

correttamente identificabile³⁹; dall'altro, vi è chi ha sostenuto che la nozione di contratto invalido sia da intendersi in senso "lato" quale "*accordo che non produce effetti*" e, di conseguenza, ha ritenuto sussumibile tale fattispecie nel dettato dell'art. 1338 cod. civ.⁴⁰. La giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi del tema, in un caso di rapporto tra privati e Pubblica Amministrazione in materia di appalto per la realizzazione di un'opera, il cui relativo contratto tra Comune e appaltatori non era però mai stato stipulato. I giudici ne hanno fatto conseguire che nessun affidamento poteva essere stato riposto in un contratto inesistente, affermando la massima secondo cui "*La responsabilità precontrattuale prevista dalla legge a carico della parte che conosce o che dovrebbe conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto e non ne dà notizia all'altra parte non può ravvisarsi se il giudice di merito ha escluso l'esistenza di un contratto anteriormente concluso dalle parti*"⁴¹.

Con riferimento all'applicabilità della responsabilità precontrattuale in caso di contratto inefficace, se da un lato autorevole dottrina si è espressa in termini favorevoli⁴², non è mancato chi abbia dato alla locuzione in esame un'interpretazione restrittiva e, quindi, abbia negato una portata così ampia della norma⁴³. Anche la giurisprudenza, abbastanza datata, non si è espressa in maniera univoca. Ha sposato la tesi affermativa Cassazione Civile, 28 ottobre 1961, n. 2425⁴⁴ in un caso di reticenza relativa alle circostanze in grado di incidere sull'efficacia del contratto. Una ancor più risalente pronuncia dei giudici ermellini, tuttavia, si è espressa in senso negativo in un caso di contratto sottoposto alla *condicio iuris* rappresentata da una autorizzazione amministrativa, ove il mancato avveramento avrebbe reso inefficace *ab origine* lo stesso, stabilendo l'inapplicabilità al caso di specie della responsabilità precontrattuale *ex art.* 1338 cod. civ.⁴⁵.

³⁹ In tal senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Commentario al codice civile a cura di V. Scialoja, G. Branca, Bologna – Roma, 1970, pag. 221.

⁴⁰ A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in Digesto delle discipline privatistiche, 1998, Torino, XVII, 391.

⁴¹ Cfr. Cassazione Civile, sez. I, del 12 ottobre 1970, n. 1948, pubblicata in *Giurisprudenza Italiana*, 1972, I, parte prima, sez. I, pag. 815.

⁴² C. M. BIANCA, *ibidem*.

⁴³ L. NANNI, *La buona fede precontrattuale*, Padova, 1988.

⁴⁴ Pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1963, I, 1, 404.

⁴⁵ Così Cassazione Civile, del 28 maggio 1954, n. 1731, pubblicata in *Foro italiano*, 1955, I, 359.

4. *La tripartizione delle fattispecie di responsabilità precontrattuale*

La fattispecie sopra analizzata rappresenta la seconda delle tre principali macro-aree di responsabilità precontrattuale derivanti dalla violazione delle regole di comportamento di cui agli artt. 1337 e 1338 cod. civ. Detta tripartizione è stata più volte affermata dalla giurisprudenza di legittimità e ripresa dalla dottrina⁴⁶. Le tre ipotesi sono racchiuse nella seguente massima:

«La regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto»⁴⁷

Se la fattispecie di cui all'art. 1338 cod. civ. rappresenta, come detto, la seconda ipotesi (conclusione di un contratto invalido o inefficace), gli ulteriori due casi sono rappresentati dalla mancata conclusione di un contratto, nonché dalla conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole (entrambe rientranti nella previsione di cui all'art. 1337 cod. civ.).

Gli elementi strutturali, nella prima ipotesi, sono rappresentati da una condizione di carattere positivo, consistente nel ragionevole affidamento della parte nella effettiva conclusione del contratto, a causa dell'avanzato stadio raggiunto dalle trattative, e della serietà delle stesse, ed una negativa, ovvero la mancanza di un motivo che giustifichi il recesso dalle negoziazioni. La casistica, al riguardo, è assai ampia (dal mancato avveramento di una

⁴⁶ E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: op. cit.*, p. 238.

⁴⁷ Cfr. Cassazione civile, sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 23873, in *Guida al diritto*, 2014, 3, 74.

condizione necessaria per il perfezionamento del contratto, al comportamento scorretto di controparte a causa del quale l'altra parte abbia deciso di sottrarsi alla conclusione del contratto). Sugli altri elementi caratteristici ci soffermeremo più ampiamente nel proseguo di questo capitolo.

La terza fattispecie è stata invero dibattuta in giurisprudenza e dottrina, e solo negli ultimi anni si è potuta registrare una maggiore uniformità di vedute al riguardo, seppur ancora con alcune eccezioni, tra l'altro molto recenti⁴⁸, tant'è che vi è chi ha affermato che *“dopo il periodo che ha visto la c.d. «fuga dalla responsabilità civile» verso il regime contrattuale, vi [è] una sorta di “ritorno” alla prima”*⁴⁹.

Secondo la tesi minoritaria⁵⁰, la conclusione di un valido contratto comportava l'impossibilità di applicare al caso di specie i rimedi previsti dall'ordinamento nell'ambito della responsabilità precontrattuale e, quindi, dall'art. 1337 cod. civ. In tal modo si sono espressi i giudici ermellini in un caso riguardante un contratto preliminare, affermando il principio secondo cui *“La Corte considera il contratto preliminare come struttura negoziale autonoma, destinata a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il contratto definitivo (...). Ne trae la conseguenza che (...) l'unica azione a disposizione della parte promissoria acquirente, che abbia già in parte eseguito la sua prestazione, sia quella contrattuale ex art. 1443 c.c., mentre esclude la cumulabilità con tale azione dell'azione extracontrattuale che sanziona la malafede della controparte durante le trattative, che perdono di autonoma rilevanza con l'intervenuta stipula del preliminare”*⁵¹.

⁴⁸ Si veda anche quanto riportato alla nota 27.

⁴⁹ L'espressione è di E. TAGLIASACCHI, *op. cit.*

⁵⁰ Si è espresso in termini negativi, ad esempio, D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999, per il quale i rimedi garantiti dall'ordinamento, nei casi di validamente concluso, siano più che sufficienti a tutelare la parte danneggiata dal comportamento scorretto nella fase delle trattative. Tali casi, di fatti, sono per lo più rappresentati dalle fattispecie di dolo incidente ex art. 1440 cod. civ. ed errore, che trovano già una compiuta disciplina. In termini analoghi si sono espressi anche D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato del contratto, diretto da Roppo, V, 2006; L. ROVELLI, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza. Generalità, Il contratto in generale*, Tomo II, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino, vol. XIII, 2000.

⁵¹ Cassazione civile, sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 5, 407 (con nota di COREA). In termini simili si è espressa recentemente Cassazione Civile, 15 aprile 2016, n. 7545 la quale,

Come segnalato, però, la giurisprudenza maggioritaria (tra cui anche le Sezioni Unite) si sono espresse a favore della presenza, nel nostro ordinamento, di una responsabilità precontrattuale anche nel caso in cui il successivo contratto stipulato tra le parti sia valido. In particolare, in un caso di violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari, la Cassazione ha affermato che: *“La violazione dei doveri di informazione del cliente che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria”*⁵². Tale posizione è stata fatta propria anche dalla dottrina maggioritaria. A sostegno, è stata richiamata l'ampia formulazione letterale dell'art. 1337 cod. civ. che giustificerebbe la sussunzione sotto tale

sempre in un caso di contratto preliminare a cui non era seguita la stipula del relativo definitivo, ha affermato che la parte non inadempiente può agire nei confronti della propria controparte unicamente per farne valere la responsabilità contrattuale derivante da inadempimento di un'obbligazione sorta nella fase precontrattuale, con relativa esclusione della cumulabilità della responsabilità precontrattuale, in quanto le trattative sono ormai state assorbite nel, e superate dal, contratto preliminare, che costituisce l'unica fonte di responsabilità. Conforme, Cassazione civile, sez. II, 5 febbraio 2007, n. 2479, *Giustizia civile*, Massimario 2007, 2, in un caso di dolo incidente riguardante una compravendita: *“Non costituisce ipotesi di responsabilità precontrattuale la fattispecie in cui l'accordo tra le parti si è formato, ma a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se la parte venditrice non avesse tenuto nei confronti degli acquirenti un comportamento contrario alla buona fede, in quanto la configurabilità della responsabilità precontrattuale è preclusa dalla intervenuta conclusione del contratto”*.

⁵² Cassazione civile, Sezioni Unite, 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giurisprudenza Commerciale* 2008, 2, II, 344 (con nota di Gobbo). Conformi la già citata Cassazione civile, sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 23873; Cassazione civile, sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, in *Giustizia Civile Massimario*, 2016; Cassazione civile, sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255 sul noto caso CIR – Fininvest, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 1, 143; Cassazione civile, sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro italiano*, 2009, 2, I, 440 (con nota di SCODITTI); Cassazione civile, sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro italiano*, 2006, 4, I, 1105.

precetto di qualsiasi ipotesi di responsabilità sorta nella fase delle negoziazioni, indipendentemente dalla successiva conclusione o meno del contratto⁵³.

Nei capitoli che seguono, ci soffermeremo solamente su alcuni principi e concetti in materia di responsabilità precontrattuale, particolarmente rilevanti al fine dell'oggetto del presente lavoro, per poi analizzarli dallo specifico angolo visuale delle operazioni straordinarie⁵⁴.

5. *La qualificazione giuridica della responsabilità precontrattuale*

Il tema su cui dottrina e giurisprudenza si sono maggiormente divise è rappresentato senza dubbio dalla natura della responsabilità in esame. La frattura è tale che, ancora oggi, non è possibile individuare, in particolare nella giurisprudenza, ma anche in dottrina, un filone interpretativo uniforme. Anzi, non solo la giurisprudenza è divisa tra natura extracontrattuale e contrattuale (seppur il filone interpretativo prevalente favorisca la prima ipotesi), ma addirittura la posizione della dottrina risulta tripartita, con autori che (per quanto in minoranza) hanno ricondotto la responsabilità contrattuale sotto un *tertium genus*. Ma prima di passare all'analisi delle due (*rectius*, tre) teorie, vale la pena ricapitolare brevemente quali siano le differenze concrete derivanti dall'applicazione del regime della responsabilità contrattuale o aquiliana. L'applicazione di uno piuttosto che dell'altro regime, di fatti, comporta differenze di non poco conto per le parti che siano interessate da un caso di responsabilità per comportamento scorretto nella fase delle trattative. In particolare, nel complesso, la tutela offerta alla parte danneggiata dall'applicazione della responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 cod. civ.* risulta sicuramente più ampia.

Una prima differenza riguarda la capacità necessaria per aversi responsabilità: se, da un lato, per aversi responsabilità contrattuale è richiesta la capacità di compiere l'atto da cui deriva

⁵³ Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano, 1993; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360.

⁵⁴ Per una disamina esaustiva di tutte le tematiche connesse alla responsabilità precontrattuale, si rimanda a N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, *op. cit.*

la responsabilità (capacità di agire *ex art. 2 cod. civ.*), dall'altro, in caso di responsabilità aquiliana è sufficiente la c.d. capacità naturale (*id est*, di intendere e di volere)⁵⁵.

Un secondo punto che consente di distinguere tra le due responsabilità in commento è rappresentato dall'elemento soggettivo. Come è stato affermato dai giudici ermellini, infatti: *“In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi — come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata — in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c.”*⁵⁶. Diversamente, chi agisca *ex art. 2043 cod. civ.* dovrà provare, tra le altre cose, anche la colpa (o il dolo) del danneggiante. Si segnala tuttavia che questo requisito, nella pratica, è stato in realtà “addolcito” dalla giurisprudenza, la quale o ha ritenuto l'elemento soggettivo della colpa implicito, e desumibile dalla prova della violazione della buona fede, o ha esentato del tutto l'attore

⁵⁵ Come noto, infatti, l'art. 2046 cod. civ. rubricato «imputabilità del fatto dannoso» stabilisce che *“Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa”*.

⁵⁶ Così Cassazione Civile, sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Rassegna di diritto civile*, 2013, 2, 528 (con nota di Bonni); *Giustizia civile, Massimario*, 2011, 12, 1795. Per andare esente da responsabilità, come noto, il debitore ha l'onere di provare l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile.

dall'onere probatorio⁵⁷, ritenendo sufficiente la prova dell'assenza di colpa da parte sua nell'aver riposto fiducia nella validità del contratto⁵⁸.

Rimanendo nell'ambito, parzialmente toccato, dell'onere della prova, possiamo osservare come l'applicazione della disciplina dell'illecito aquiliano comporti chiaramente un dovere a carico dell'attore ben più gravoso, essendo questi chiamato a provare, ex art. 2697 cod. civ.⁵⁹, oltre al già citato elemento soggettivo (seppur con i limiti di cui sopra), anche la presenza di tutti gli elementi costitutivi ed oggettivi dell'art. 2043 cod. civ. e, quindi, la condotta dannosa,

⁵⁷ *“La responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c. - a norma del quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali, debbono comportarsi secondo buona fede - costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si riconnette alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, cosicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo devono essere vagliati alla stregua degli art. 2043 e 2056, tenendo, peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione. Ne consegue che - essendo l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043, quale componente necessaria del fatto illecito, implicito nella violazione dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa - una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo di correttezza imposto dall'art. 1337, non occorre, per l'accertamento della responsabilità precontrattuale, la verifica di un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, perché sussista l'elemento psicologico necessario ex art. 2043 c.c.”* (Cassazione Civile, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, in *Giustizia Civile Massimario*, 1995, 1568).

⁵⁸ *“L'art. 1398 c.c., nel riconoscere la responsabilità del "falsus procurator" verso il terzo incolpevole, con il quale ha contrattato senza avere i poteri rappresentativi, dà rilievo soltanto alla posizione soggettiva del terzo contraente, che per ottenere il risarcimento del danno deve provare di avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto, mentre prescinde totalmente dal considerare la posizione soggettiva del "falsus procurator", del quale, pertanto, resta irrilevante accertare l'intenzionalità o il dolo, ovvero la colpa nella causazione del danno. Una volta ravvisato il presupposto soggettivo per il risarcimento in capo al terzo rimane, d'altro canto, esclusa la possibilità di configurare, agli effetti dell'art. 1227 c.c., un concorso del fatto colposo del terzo stesso, giacché, il concorso del fatto colposo del creditore è ontologicamente inconciliabile con le situazioni - come quella di cui alla norma dell'art. 1398 - nelle quali operi il principio dell'apparenza del diritto, espressione del più generale principio dell'affidamento incolpevole, in quanto l'esistenza di un comportamento colposo del terzo impedirebbe di ravvisarne l'affidamento incolpevole”* (Cassazione civile, sez. III, 13 dicembre 2004, n. 23199, in *Giustizia civile Massimario*, 2005, 1; *Foro italiano*, 2005, I, 712; *Rivista di diritto commerciale*, 2005, II, 135 (con nota di: FINAZZI AGRÒ)).

⁵⁹ *“Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”.*

il relativo danno ingiusto patito dall'attore, nonché il nesso causale tra l'azione dannosa e l'evento. Il regime probatorio richiesto dall'art. 1218 cod. civ., invece, risulta decisamente più favorevole per l'attore, al quale basterà fornire la prova del titolo creditorio e allegare l'inadempimento di controparte. Una volta fornita tale dimostrazione, sarà il debitore inadempiente a dover fornire la prova dell'impossibilità della prestazione "derivante da causa a lui non imputabile" (o di aver effettivamente adempiuto), e quindi il caso fortuito o la forza maggiore, in forza dell'inversione dell'onere probatorio stabilita dall'art. 1218 cod. civ.⁶⁰

È possibile riscontrare un'ulteriore differenza per quanto riguarda la regolamentazione dei danni risarcibili: in ambito contrattuale, difatti, l'art. 1225 cod. civ.⁶¹ esclude la risarcibilità dei danni imprevedibili, salvo il caso di dolo. Tale articolo non risulta richiamato dall'art. 2056 cod. civ. in materia di valutazione dei danni e, di conseguenza, non è applicabile ai risarcimenti derivanti da responsabilità extracontrattuale, ove ad essere risarcito sarà solamente il danno che sia conseguenza immediata e diretta della condotta illecita dannosa (a prescindere dalla loro prevedibilità).

È altresì differente il regime relativo alla mora del debitore: se da un lato quest'ultima non è necessaria "quando il debito deriva da fatto illecito" (art. 1219 cod. civ., cosiddetta *mora ex re*), in caso di responsabilità da inadempimento la mancata costituzione del debitore comporta la perdita dei danni derivanti da ritardo e la liberazione per sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile (art. 1221 cod. civ.).

Anche la disciplina della prescrizione risulta certamente favorevole in ambito di responsabilità contrattuale. In questo caso, infatti, l'attore avrà fino a dieci anni di tempo per

⁶⁰ Tale principio, assolutamente pacifico, è stato precisato anche dalle sezioni unite: "*In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento*" (Cassazione civile, sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, I, 349 (con nota di: MEOLI)).

⁶¹ "*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*".

agire ex art. 2946 cod. civ.⁶². Nei casi di responsabilità aquiliana, invece, il termine è sostanzialmente dimezzato, in quanto: “*Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato*” (art. 2947 cod. civ.).

Da ultimo, si segnala che la natura della responsabilità precontrattuale incide altresì sull’individuazione della legge applicabile e del foro competente a dirimere la relativa controversia, nei casi disciplinati dalla Legge 31 maggio 1995, n. 218⁶³, nonché, in ambito comunitario, dal Regolamento (CE) N. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e Regolamento (CE) N. 864/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (comunemente noto come Regolamento Roma II).

6. *Tesi a favore della responsabilità extracontrattuale*

Ora che abbiamo analizzato quali siano le differenze scaturenti dalla scelta di un regime piuttosto che dell’altro, possiamo passare in rassegna le tesi che, sia in dottrina che in giurisprudenza, sono state sostenute fino ad oggi e, in particolare, fino alla sentenza n. 14188 del 2016 della Cassazione che ha ravvivato il relativo dibattito.

Partendo dalla tesi “tradizionale” in giurisprudenza⁶⁴, la responsabilità *de qua* sarebbe ascrivibile nel novero della responsabilità extracontrattuale per la semplice constatazione che,

⁶² Salvo, ovviamente, gli specifici casi in cui la legge prevede un termine diverso.

⁶³ In particolare, art. 57 (per le obbligazioni contrattuali) e art. 62 (responsabilità per fatto illecito).

⁶⁴ Già da Cassazione Civile, 4 ottobre 1948, n. 1667 in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, i, 296. Per rimanere alle pronunce di questo millennio, si veda la recentissima Cassazione Civile n. 6587 del 14 marzo 2017, riportata alla nota 6; Cassazione civile, sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in tema di rapporti con la pubblica amministrazione, con conseguente *probatio diabolica* a carico del privato, in *Foro Amministrativo - C.d.S.* (II) 2013, 1, 63, *Giustizia Civile Massimario* 2013, *Giustizia Civile* 2013, 11-12, I, 2510; Cassazione Civile, sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4802, in Guida al diritto, 2013, 16; Cassazione civile, sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2926 in tema di strumenti finanziari derivati, *Giustizia civile Massimario*, 2012, 2, 222, *Diritto e Giustizia online*, 2012, 16 maggio; Cassazione civile, sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, *Giustizia civile Massimario*, 2011, 12, 1795; Cassazione civile, sez. III, 29 luglio 2011, n. 16735 in *Giustizia Civile Massimario*, 2011, 9, 1228; Cassazione civile, sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656 in tema di giurisdizione, *Foro Amministrativo*

essendo ancora le parti nella fase delle trattative, non è ancora venuto ad esistenza un contratto che possa assurgere a fonte di obbligazione tra le parti⁶⁵. L'affermazione della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale da parte della giurisprudenza di legittimità risulta, a dire il vero, abbastanza apodittica⁶⁶, e difficilmente i giudici ermellini si sono spinti fino a compiere un'interpretazione esegetica della norma⁶⁷.

Anche parte della dottrina, seppur minoritaria, ma certamente autorevole, si è espressa (in maniera meno succinta) a favore della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale⁶⁸. In particolare, è stato fatto notare che non sia corretto parlare di responsabilità da contatto sociale qualificato (come sostenuto dalla dottrina maggioritaria) in quanto il fatto che si instauri una relazione speciale tra le parti delle trattative non costituisce un elemento sufficiente a sottrarre la fattispecie in quesitone dall'alveo del *neminem ledere*, come avviene in altri casi di contatto qualificato disciplinati comunque dall'art. 2043 cod. civ., quali quello della concorrenza imprenditoriale, oppure in ambito di circolazione stradale⁶⁹. Inoltre,

- C.d.S. (II) 2008, 5, I, 1390, *Giustizia Civile Massimario* 2008, 5, 700; Cassazione civile, sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937, *Giustizia Civile Massimario*, 2006, 7-8; Cassazione civile, sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164, *Giustizia Civile Massimario*, 2005, 9, *Foro amministrativo – C.d.S.*, 2006, 3, 751; Cassazione civile, sez. III, 5 agosto 2004, n. 15040, *Giustizia Civile Massimario* 2004, 7-8, *Giustizia Civile*, 2005, 3, I, 669; Cassazione civile, sez. lav., 7 maggio 2004, n. 8723, *Giustizia Civile Massimario* 2004, 5, *Foro amministrativo – C.d.S.*, 2004, 1312; Cassazione civile, sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172, *Giustizia Civile Massimario*, 2003, 10; Cassazione civile, sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160, *Giustizia Civile Massimario*, 2003, 6; *Foro amministrativo – C.d.S.*, 2003, 1834; Cassazione civile, sez. III, 4 febbraio 2002, n. 3103, *Giustizia Civile Massimario*, 2002, 382; Cassazione civile, sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645 in tema di giurisdizione, *Giustizia Civile Massimario*, 2001, 1404.

⁶⁵ “La responsabilità precontrattuale, appunto perché sorge prima che un contratto venga ad esistenza”, cfr. Cassazione civile, sez. II, 19 aprile 1983, n. 2705.

⁶⁶ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6/2016, pag. 1953.

⁶⁷ Esemplificativo il seguente inciso di L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit. in cui si critica “un orientamento della giurisprudenza, specie di legittimità, tanto granitico, quanto sordo ad ogni contraria sollecitazione, nel ripetere tralaticciamente lo slogan sulla natura extracontrattuale della responsabilità”.

⁶⁸ G. DE NOVA, *Il contratto*, op. cit., pag. 1210.

⁶⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, pag. 277; R. SACCO, *Il contratto*, op. cit.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.

qualificare tale tipo di responsabilità quale contrattuale risulterebbe in contrasto con il principio di libertà negoziale, secondo un filone di pensiero particolarmente diffuso nell'area di *common law*⁷⁰.

7. *Tesi a favore della responsabilità contrattuale*

La tesi della responsabilità da inadempimento, recentemente tornata alla ribalta, ha trovato diversi consensi da parte della dottrina⁷¹.

Un primo argomento a favore di tale interpretazione è quello che potremmo definire come “letterale”⁷². Di fatti, alcuni autori hanno dedotto dalla formulazione della norma che essa, individuando determinati soggetti (le parti delle trattative) a cui viene imposto uno specifico obbligo (“devono”) crei una specifica obbligazione *inter partes*, a cui è connesso un determinato diritto. Siffatta determinatezza verrebbe a escludere l'applicabilità di una norma indeterminata quale appunto quella *ex art. 2043 cod. civ.*, indicando, invece, la natura contrattuale di tale responsabilità. Tale obbligo specifico coincide, ovviamente, con il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative. Un siffatto obbligo (per quanto avente ad oggetto una prestazione generica di *facere*) non sarebbe concepibile se non nell'ambito dei rapporti obbligatori, e deriva dal contatto sociale che avviene nella fase delle

⁷⁰ In tal senso, G. PIGNATARO, *La responsabilità precontrattuale*, in *I contratti in generale*, a cura di Paolo Cendon, Torino, 2000, V. pag. 170.

⁷¹ Già quasi settant'anni fa si era precisato come “*quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede*”, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 361.

⁷² C. MAIORCA, *Colpa civile*, in *Enciclopedia del diritto*, 1960, Milano, VII; G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro italiano*, 1954, I, 1108; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di M. Bessone, Torino, 2000, XIII, 2; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, II, pag. 360; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, 2006.

negoiazioni, ove le parti, non più estranee, vengono a contatto con le rispettive sfere giuridiche, contatto da cui deriva l'obbligo di non causare conseguenze negative e deteriorare la sfera giuridica di controparte. Il dovere *ex art. 1337 cod. civ.* in tal modo si avvicina ai doveri imposti dagli artt. 1175 (*"Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"*) e 1375 (*"Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede"*) cod. civ. nella fase di esecuzione del contratto e il suo mancato rispetto comporta una violazione *ex art. 1173 cod. civ.* nella parte in cui tutela le obbligazioni sorte da *"qualsiasi atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"* (tra cui, per l'appunto, il contatto sociale⁷³).

Dal contatto sociale instauratori tra le parti nel corso delle trattative, verrebbe a crearsi una particolare relazione tra di esse, ove l'obbligo di buona fede comporterebbe il dovere di non deludere l'affidamento altrui, facendo sorgere un particolare obbligo di protezione senza obbligo di prestazione⁷⁴.

⁷³ Per una critica della responsabilità da contatto sociale in generale si veda l'opera di M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Utet giuridica, Torino, 2011.

⁷⁴ La dottrina dell'obbligazione senza prestazione ha origine in Germania ed ha trovato consensi nel nostro paese, soprattutto nell'opera di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995. In particolare, secondo l'Autore: *"Quello che sinteticamente si raffigura con il sintagma culpa in contrahendo risulta dunque costituito di obblighi generati dalla buona fede o, se si vuole, nei quali si concretizza l'obbligo generale di buona fede, tali da consentire di parlare di rapporto alla stregua di un'obbligazione ex lege nonostante manchi un obbligo di prestazione. Essi stanno senza che quest'ultimo debba fungere da polo di aggregazione necessario e consentono di parlare di rapporto obbligatorio, nell'ambito del quale la prestazione da obbligo originario e unico diventa eventuale benché, ove occorra, principale"*. Sempre secondo il medesimo Autore, inoltre, se gli artt. 1337 e 1338 cod. civ. fossero riconducibili nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, non sarebbe possibile individuare per quale motivo vi sia stato bisogno di aggiungere due norme relative a due casi specifici che in ogni caso sarebbero stati da ricondurre sotto il dettato dell'art. 2043 cod. civ., ponendosi in tal modo in totale contrasto con quanto sostenuto da un autorevole autore (che si segnala aver ricevuto molteplici critiche per la sua elaborazione) secondo cui la presenza di tali due articoli rappresenterebbe una prova della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, in quanto, in assenza di dette norme, il dolo e la colpa precontrattuali verrebbero sanzionati dall'art. 2043 cod. civ. (il riferimento è, ovviamente, a R. SACCO, *Il contratto*, III ed., 2, Torino, 2004, pag. 260. Si segnala, tuttavia, che tra gli stessi sostenitori della teoria contrattualistica vi è chi ha respinto la tesi del contatto sociale qualificato e l'esistenza di un'obbligazione senza prestazione. Nella fase delle negoziazioni, infatti, non sarebbe possibile ravvisare, neppure *in nuce*, alcuna prestazione, ma solamente *"obblighi integrativi"*

L'argomento da ultimo menzionato è stato fatto proprio anche dalla Corte di Cassazione nella recente sentenza⁷⁵ che ha comportato un *revirement* che aveva avuto alcuni sparuti precedenti⁷⁶, in particolare in una coppia di sentenze del 2011⁷⁷. Il caso di specie riguardava la mancata approvazione ministeriale di un contratto di appalto asseritamente intercorso tra una società privata e la Pubblica Amministrazione. Poiché l'attore aveva sostenuto delle spese a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, ne chiedeva il risarcimento inquadrando la responsabilità della Pubblica Amministrazione derivante da violazione dell'obbligo di buona

strumentali di buona fede" (cfr. F. ROLFI, *La Cassazione e la responsabilità precontrattuale: idee del tutto chiare?*, in *Corriere giuridico*, 2007). Per una critica a tale teoria si veda anche G. VISENTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2/2007, pag. 335 ss; V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit. pag. 177.

⁷⁵ Per una più approfondita analisi della sentenza in esame, si rimanda a M. RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 4, 2017, pag. 787; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.6, 2016, pag. 1950; *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11, 2016, pag. 1515; A. IULIANI, *La cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11, 2016, pag. 1457; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi di immunità)*, in *I Contratti*, n. 1, 2017, pag. 35.

⁷⁶ Con riferimento alla giurisdizione di merito, si segnala una coppia di sentenze emesse dal Tribunale e dalla Corte di Appello di Milano in ambito di responsabilità da prospetto informativo: Tribunale di Milano, 11 gennaio 1988, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, 499 e Corte di Appello di Milano, 2 febbraio 1990, in *Banca borse e titoli di credito*, 1990, II, 734.

⁷⁷ Il riferimento è a Cassazione civile, sez. I, del 20 dicembre 2011, n. 27648, per la quale si rimanda alla nota 5, e Cassazione civile, sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438 la quale in realtà ha assunto una posizione "intermedia" tra le due tesi sopra riportate: *"L'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la p.a. a responsabilità e al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario; tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza, avendo l'amministrazione indetto e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima che ha provocato la lesione dell'interesse del privato, non qualificabile come interesse legittimo ma assimilabile a un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione"* (Diritto e Giustizia online 2012, 8 febbraio).

fede nell'ambito del contatto sociale qualificato che era venuto ad instaurarsi tra le parti, in assenza di un contratto che non si era perfezionato a causa della mancata approvazione ministeriale. Dall'applicazione della responsabilità contrattuale veniva fatta derivare l'applicazione del regime di cui all'art. 2946 cod. civ., ovvero il termine di prescrizione decennale, anziché quello quinquennale (erroneamente applicato dalla Corte di Appello avendo inquadrato la fattispecie nell'ambito della responsabilità ex art. 2043 cod. civ. con conseguente applicazione dell'art. 2947 cod. civ.), discendente dall'inquadramento della fattispecie nell'ambito della responsabilità aquiliana.

La Corte, nel dar ragione all'attore, riconosce come nella giurisprudenza sia possibile riscontrare *“una linea evolutiva della responsabilità civile, orientata verso un favor – laddove vi sia un contatto tra le parti che genera obblighi di informazione e di protezione, anche se non ancora di prestazione – per la più incisiva forma di tutela rappresentata dalla responsabilità contrattuale”*. Dopo un lodevole *excursus* storico – comparatistico, i giudici inquadrano la responsabilità precontrattuale nell'ambito del contatto sociale qualificato, a metà tra contratto e torto, contatto da cui deriva un affidamento reciproco tra le parti, nonché obblighi di comportarsi secondo buona fede, di informazione e protezione ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., mentre non viene richiamato l'art. 1174 cod. civ. e, quindi, l'obbligo di prestazione⁷⁸.

⁷⁸ *“La dottrina italiana si è posta consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca “ai confini tra contratto e torto”, in quanto radicata in un “contatto sociale” tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è “qualificata” dall’obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione”, del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall’art. 1173 c.c.”*. Diametralmente opposta la posizione al riguardo di chi propende per la natura aquiliana, secondo cui *“La buona fede ex art. 1337 c.c. non è pertanto assimilabile a quella di cui all’art. 1175 c.c. o 1375 c.c., questa muovendosi all’interno di un vinculum iuris già costituito e la cui struttura va ad arricchire, determinando l’emersione e la presa in considerazione di utilità ulteriori (...) Ci si trova in presenza di obblighi disattivabili, quindi ben diversi da quelli posti a base della responsabilità contrattuale (...) La tesi della natura contrattuale quindi non è condivisibile in quanto la libertà – il proprium della responsabilità*

In tal modo la Corte si richiama ad un principio, già espresso da Cassazione Civile, sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589⁷⁹, secondo cui la qualificazione della responsabilità (sia essa contrattuale o aquiliana) debba essere effettuata basandosi non sul comportamento concretamente tenuto dalla parte responsabile, ma in base al precetto violato da tale condotta. Ne deriva l'esistenza di obbligazioni che sono disciplinate dalle norme che regolano i doveri in ambito contrattuale, nonostante il fatto da cui derivi la responsabilità non sia un contratto, ma la relazione instauratasi tra le parti⁸⁰.

La suesposta collocazione sistematica non è di certo priva di precedenti in giurisprudenza, come anche espressamente notato dai giudici ermellini. È di fatti possibile rinvenire altri esempi di responsabilità derivante da contatto sociale qualificato nell'ambito del rapporto che si viene ad instaurare tra insegnante/istituto scolastico e alunno, per i danni che quest'ultimo cagioni a sé stesso⁸¹; del rapporto tra paziente e casa di cura/ente ospedaliero⁸² e tra paziente e medico

precontrattuale – non può escludere la sussistenza attuale, al momento della condotta generatrice di responsabilità, di un vinculum iuris", N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pag. 121.

⁷⁹ In tema di responsabilità del medico dipendente ospedaliero. Critico anche G. VISINTINI, *Il dibattito*, op. cit., pag. 347.

⁸⁰ Cfr. F. FORTE, M. S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative*, op. cit., pag. 23.

⁸¹ Cassazione civile, sez. III, 25 febbraio 2016, n. 3695, in *Giustizia Civile Massimario*, 2016: "In caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante ha natura contrattuale, atteso che, quanto all'istituto, l'instaurazione del vincolo negoziale consegue all'accoglimento della domanda di iscrizione, e, quanto al precettore, il rapporto giuridico con l'allievo sorge per contatto sociale, sicché si applica il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c., in virtù del quale il danneggiato deve provare esclusivamente che l'evento dannoso si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre la scuola ha l'onere di dimostrare che l'evento è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante". Conformi, Cassazione Civile, sez. III, del 4 febbraio 2014, n. 2413, in *Diritto & Giustizia* 2014, 5 febbraio; Cassazione Civile, sez. III, del 17 febbraio 2014, n. 3612, in *Foro italiano*, 2014, 9, I, 2573 (con nota di TORRESANI); Cassazione civile, sez. III, 3 febbraio 2011, n. 2559, in *Diritto economia assicurazioni*, (dal 2012 *Diritto e Fiscalità Assicurativa*) 2013, 1, I, 71 (con nota di DAGASSO).

⁸² Cassazione civile, sez. III, 22 settembre 2015, n. 18610: "Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "latu sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizioni del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di

dipendente⁸³; tra istituto di credito e soggetti interessati dalla legge assegni⁸⁴; tra pubblica amministrazione e privati⁸⁵. Tutti i citati casi hanno contribuito a delineare “*i tratti essenziali*

tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto”; Cassazione civile, sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953.

⁸³ Cassazione Civile, sez. III, 20 ottobre 2015, n. 21177; Cassazione civile, sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547, in *Giustizia Civile Massimario*, 2014; Cassazione civile, sez. III, 12 dicembre 2013, n. 27855, in *Diritto & Giustizia* 2013, 13 dicembre (con nota di VILLANI).

⁸⁴ Cassazione civile, sez. III, 22 maggio 2015, n. 10534: “*La responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione delle specifiche regole poste dall'art. 43 della legge assegni (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), l'incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, ha - nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno - natura contrattuale, avendo la banca un obbligo professionale di protezione, preesistente, specifico e volontariamente assunto, nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, sì da assicurare che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. Ne deriva che l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, stabilito dall'art. 2946 cod. civ.*”; Cassazione civile, sez. III, 30 marzo 2010, n. 7618, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 6, II, 677 (con nota di GHERARDI); Cassazione civile, sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 1, 161 (con nota di MUCCIOLI).

⁸⁵ Cassazione civile, sez. II, 1 dicembre 2010, n. 24382: “*Ove il privato abbia agito in giudizio nei confronti della P.A. domandando il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo pretensivo dovuta ad esercizio illecito dell'attività amministrativa (nella specie, concernente il rifiuto di trasferimento di un immobile già concesso in uso), costituisce questione nuova — e dunque inammissibile, implicando un accertamento di fatto — quella, prospettata per la prima volta con i motivi del ricorso per cassazione, diretta a far valere il risarcimento del danno derivato dalla violazione delle regole procedurali dell'attività amministrativa stessa, la cui lesione, giacché riconducibile all'inadempimento del rapporto che si instaura in relazione all'obbligo imposto dalla norma che disciplina il comportamento dell'Amministrazione (così da inquadrarsi nell'ambito della responsabilità contrattuale), assume carattere del tutto autonomo rispetto al pregiudizio costituito dalla perdita sostanziale del bene della vita al quale il privato aspira*”.

di una responsabilità contrattuale non fondata su di un atto negoziale, bensì su una relazione di vita produttiva di obblighi la cui violazione è assimilabile a quella arrecata agli obblighi scaturenti dal contratto”.

La responsabilità precontrattuale si inserisce in questo filone, in quanto la buona fede, elemento qualificante della *culpa in contrahendo*, è idonea a far sorgere specifici obblighi di protezione reciproca tra le parti, precedenti quelli che deriveranno dal contratto, differenziandosi quindi dal dovere generico stabilito dall’art. 2043 cod. civ. Quando due parti vengono in contatto tra di loro e condividono un fine comune (rappresentato dalla sottoscrizione di un contratto) “*affida[no] i propri beni della vita alla correttezza, all’influenza ed alla professionalità di un’altra persona*”. Si crea in tal modo una relazione qualificata che assurge a fonte di responsabilità “*concretando un fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell’art. 1173 c.c. – in virtù di un affidamento reciproco delle parti e della conseguente insorgenza di specifici, e reciproci, obblighi di buona fede, di protezione e di informazione*”. Ciò consente di differenziare rispetto al rapporto (o, più correttamente, non rapporto) che caratterizza la responsabilità extracontrattuale, ove le parti non sono in contatto tra di loro fino al momento della lesione, a seguito della quale sorge l’obbligazione di risarcimento. Nel caso di parti coinvolte in negoziazioni, già esistono tra le stesse determinati obblighi prima ancora che si verifichi un danno a carico di una delle parti. Il fatto che tali obblighi non siano obblighi di prestazione, bensì di protezione (i già citati obblighi di buona fede, informazione etc.) poca importa, in quanto il dovere di solidarietà sancito dall’art. 2 della Costituzione impone ai consociati un dovere giuridico autonomo “*a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. Ne discende che la violazione di tale principio “costituisce di per sé inadempimento” e può comportare l’obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato a titolo di responsabilità contrattuale*”⁸⁶.

La ricostruzione sopra riportata adoperata dalla Corte di Cassazione ha sicuramente il pregio di offrire una tutela più incisiva ai soggetti coinvolti nelle trattative che, alla luce di un’interpretazione giurisprudenziale che tuteli maggiormente le stesse nei confronti di comportamenti scorretti delle proprie controparti occorsi durante le negoziazioni, potranno sicuramente approcciarsi alle stesse con maggior fiducia e tranquillità, in quanto consapevoli

⁸⁶ Come già stabilito da Cassazione civile, sez. III, 10 novembre 2010, n. 22819, in *Foro padano*, 2011, 4, I, 556.

che in caso di comportamenti contrati a buona fede, potranno agire in giudizio per il ristoro dei danni patiti, secondo un regime che è sicuramente più favorevole rispetto a quello previsto per gli illeciti aquiliani. Per quanto non si possa negare che il principio cardine della responsabilità contrattuale sia la presenza di un contratto, fonte di obbligazioni tra le parti, assente nel caso di trattative, è altrettanto palese la differenza che intercorre tra la situazione in esame, in cui le parti vengono in contatto tra di loro, si scambiano documenti e informazioni, si incontrano e si rilasciano dichiarazioni, spesso lungo un arco temporale di diversi mesi (soprattutto nello specifico caso delle operazioni straordinarie, come vedremo meglio *infra*) e i casi in cui una parte arrechi danno ad un'altra persona con la quale non ha mai avuto alcuna relazione fino al momento della lesione.

L'insoddisfazione per entrambi le qualificazioni fino a qui menzionate ha portato alcuni autori a sostenere l'esistenza di un *tertium genus* di responsabilità nei confronti di quei casi che mal si inquadrano in entrambi i regimi, contrattuale ed extracontrattuale.

8. *Teoria del tertium genus*

La tesi in oggetto non ha ricevuto accoglimento in giurisprudenza⁸⁷, se non parzialmente, come visto, con la sentenza della Cassazione civile, sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438 (per la quale si rimanda alla nota 77), in ambito di contratti con la pubblica amministrazione. Il presupposto di tale teoria, come anticipato, è la constatazione che la disciplina della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non siano idonee a regolare il comportamento ed i connessi doveri delle parti nella fase della negoziazione in cui, seppur non vi sia ancora un contratto creatore di obbligazioni, la relazione tra i soggetti interessati renda insufficiente la portata precettiva del principio del *neminem ledere*⁸⁸.

Da tale presupposto, è stata avanzata in dottrina l'esistenza di un terzo regime di responsabilità, ulteriore rispetto alle due tipologie sopra descritte, da cui in realtà promana. Di fatti, tale *tertium genus*, da applicarsi a quei casi in cui le soluzioni offerte dai primi due non

⁸⁷ Anzi, una sentenza, ormai abbastanza risalente, aveva espressamente respinto tale teoria: Cassazione civile, 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro italiano*, 1972, I, 2088.

⁸⁸ Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXIX, pag. 133. In termini simili, V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, op. cit., XXXIX, Milano, 1988, pag. 1265.

siano idonee, sarebbe costituito dall'applicazione analogica della disciplina, ex art. 1218 o 2043 cod. civ., che risulti più idoneo applicare al caso di specie⁸⁹.

Una posizione simile, ma con elementi che consentono di differenziare rispetto alla tesi precedentemente esposta, è stata sostenuta da un Autore⁹⁰, secondo il quale bisognerebbe effettuare una distinzione, all'interno della responsabilità precontrattuale, tra responsabilità da atto illecito e responsabilità per ingiustificato recesso dalla trattativa. Nel primo caso, una parte si renderebbe colpevole di aver tenuto una condotta caratterizzata da dolo o colpa, rientrando quindi nel canone stabilito dall'art. 2043 cod. civ. (esempi di tali condotte sono rinvenibili nell'aver iniziato una negoziazione in assenza di una reale intenzione di concludere un contratto, o nell'aver omesso di comunicare a controparte la propria intenzione di recedere), nel secondo rientrerebbe colui che receda in un momento in cui la propria controparte confidava nella conclusione del contratto, in quanto tutti gli elementi essenziali di quest'ultimo erano stati determinati (cosiddetta responsabilità da atto lecito dannoso). Si sarebbe in questo caso in presenza di una responsabilità oggettiva. Tale distinzione comporterebbe un diverso regime in tema di risarcimento dei danni, in quanto *“in alcuni casi dovrebbero essere risarcite le sole spese sostenute e le perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto, in altri casi invece dovrebbero essere risarcite tutte le spese sostenute e le perdite subite durante il corso della trattativa, in altri casi ancora – eccezionali – dovrebbe essere risarcito il danno commisurato all'interesse positivo”*.

Per quanto le premesse da cui tale teoria del *tertium genus* muove siano comprensibili, la soluzione proposta appare decisamente insoddisfacente. Ancorare l'applicazione analogica della disciplina della responsabilità contrattuale o extracontrattuale alle particolarità del caso concreto lascerebbe le parti nella totale incertezza, non rendendo possibile valutare a priori quali sarebbero le conseguenze delle proprie azioni. Tale incertezza, che dovrebbe venire gestita in maniera autonoma, col rischio che diventi arbitraria, dagli interpreti, si ripercuoterebbe negativamente sulle scelte dei consociati e, in particolar modo, degli operatori economici, in

⁸⁹ G. VISENTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, pag. 372.

⁹⁰ G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e responsabilità*, n. 5/2009, pag. 469. Secondo l'Autore sarebbe *“preferibile distinguere, in funzione delle circostanze, diversi tipi di responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto, i quali operano sulla base di presupposti diversi e conducono al risarcimento di danni diversi”*.

quanto rischierebbe di avere un effetto disincentivante, con il rischio che alcuni contratti che sarebbero in grado di creare un surplus positivo non vengano perseguiti, mentre al contrario vengano concluse transazioni che sarebbe stato meglio abbandonare.

9. *Il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale*

Un altro punto molto dibattuto, specialmente in dottrina, è rappresentato dal *quantum* del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale⁹¹, non essendo questo un elemento espressamente disciplinato dal legislatore e, quindi, lasciato all'opera ermeneutica degli interpreti⁹².

La teoria tradizionale limita il risarcimento al cosiddetto interesse negativo, finalizzato a ricondurre la parte delusa nella situazione in cui si sarebbe trovata se non si fosse addentrata nelle trattative rivelatesi inutili e non avesse confidato nella stipulazione del contratto. Tale risarcimento ricomprende certamente il danno emergente e, quindi, la perdita economica effettivamente subita nel corso delle negoziazioni⁹³. Questa voce di danno è sicuramente molto ingente nell'ambito delle operazioni straordinarie (basti pensare ai costi da sostenere per riunioni, analisi, bozze di contratti, trasferte anche all'estero, consulenze legali e finanziarie etc.). Dubbi sono stati invece sollevati in dottrina con riguardo alla risarcibilità del lucro cessante, corrispondente al guadagno che si sarebbe potuto ottenere se fossero state perseguite altre occasioni, a cui si è invece rinunciato⁹⁴.

È stato inoltre sostenuto che la portata del risarcimento debba essere distinta a seconda che la responsabilità derivi da dolo o colpa di una delle parti, oppure si ricada nell'ambito di

⁹¹ Al tema sono state dedicate, in particolare, due opere negli ultimi anni: G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008; A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004.

⁹² Di fatti, mentre l'art. 1337 cod. civ. tace sul punto, l'art. 1338 cod. civ. si limita a stabilire che va risarcito il danno “*risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*”.

⁹³ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, op. cit.* pag. 179. Per un riferimento giurisprudenziale, si veda la sentenza citata nel corpo del testo.

⁹⁴ Cfr. N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale, op. cit.* pag. 745. La giurisprudenza è, invece, uniforme nell'ammettere la risarcibilità anche di tale voce. Anche qui si rimanda alla sentenza citata più avanti.

una responsabilità oggettiva, validamente esercitata nel rispetto del principio della libertà negoziale, ma comportante un detrimento alla situazione patrimoniale di controparte, che deve essere pertanto risarcito⁹⁵. Nel primo caso andrebbero risarcite tutte le spese e le perdite relative all'intero corso della trattativa, purché sussista un nesso di causalità tra queste ultime e il comportamento contrario a buona fede di una delle parti. Ciò in quanto, in questo caso, il risarcimento mira (anche) a sanzionare la condotta illecita tenuta, oltre a ristorare la parte danneggiata dell'affidamento da questa effettuato. L'Autore precisa altresì che nello specifico caso di ritardata comunicazione dell'intenzione di recedere dalle trattative, il risarcimento sarà dovuto unicamente dal momento in cui tale comunicazione era dovuta (le spese e perdite precedenti a questo momento, infatti, sarebbero state comunque sostenute in quanto connesse all'alea negoziale). Similmente, nel caso di recesso ingiustificato, andranno rimborsate solamente le spese e perdite successive al momento in cui è venuto a crearsi l'affidamento nella futura conclusione del contratto in quanto, prima dell'affidamento, ogni parte deve affrontare il rischio che le trattative non abbiano un buon fine. Il risarcimento in questi casi è quindi minore, in quanto qui il recesso è lecito (seppur dannoso) e pertanto non va punito. Con l'obbligo di risarcire le spese e perdite successive all'affidamento, si vuole solamente creare un meccanismo che incentivi le parti alla conclusione del contratto, in quanto le spese sostenute a tal fine aumentano il valore della transazione (sul punto ci soffermeremo più ampiamente in seguito). Infine, l'Autore arriva ad ipotizzare alcuni casi eccezionali in cui debba essere risarcito anche l'interesse positivo⁹⁶. È il caso, ad esempio, del provvedimento illegittimo con il quale la pubblica amministrazione abbia annullato un precedente provvedimento di aggiudicazione di un contratto, che quindi non aveva il diritto di "non-concludere", sia quando il privato avrebbe certamente stipulato lo stesso, sia quando questi avesse ottime possibilità di aggiudicarselo (in questo caso il risarcimento sarà collegato alla probabilità di conclusione). Tali conclusioni hanno trovato un riscontro nella giurisprudenza amministrativa (si veda, ad esempio, la

⁹⁵ Cfr. G. AFFERNI, *Il quantum*, op. cit. pag. 98 e ss. Per un'analisi comparatistica della tesi prospettata da questo autore, si veda anche P. PARDOLESI, *Responsabilità precontrattuale oltre la «culpa in contrahendo»: riflessioni comparative* (Nota a Cass. 23 marzo 2016, n. 5762), in *Foto italiano*, 2016. Pag. 1706.

⁹⁶ Un altro autorevolissimo autore sostiene la tesi secondo la quale a colui che ha ingiustamente subito un recesso andrebbe accordato il lucro che avrebbe ricavato dal contratto non concluso (cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, op. cit. il quale utilizza l'espressione, ma a fini meramente descrittivi, di interesse negativo). Contrario, G. DE NOVA, *Il contratto*, op. cit. il quale fa notare come "se il legislatore non volesse l'effetto dirimente del recesso abusivo, vieterebbe il recesso".

sentenza del Consiglio di Stato, poco più avanti citata, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento in caso di perdita di chance, nonché Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213, secondo cui *“All'impresa cui illegittimamente non sia stata aggiudicata una gara d'appalto, che opti per il subentro nel contratto, che ha già avuto parziale esecuzione, deve corrispondersi a titolo risarcitorio una somma pari al 10% del valore della parte di contratto già eseguita, calcolata in base all'offerta presentata in sede di gara dalla ricorrente, già attualizzato alla data di pubblicazione della sentenza e su tale importo dovranno essere riconosciuti gli interessi legali da tale data di pubblicazione fino all'effettivo soddisfo”*). La risarcibilità del danno derivante da perdita di chance, da calcolarsi moltiplicando il potenziale profitto derivante dalla conclusione del contratto, per la probabilità che quest'ultimo venisse concluso, trova supporto anche da parte di autorevole dottrina⁹⁷.

La posizione adottata dalla giurisprudenza in materia di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, invece, è abbastanza granitica. Si riportano a titolo esemplificativo due recenti massime sul tema:

*«In tema di responsabilità precontrattuale, il pregiudizio risarcibile è circoscritto al solo interesse negativo, costituito sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative ed in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di altre occasioni di stipulazione contrattuale, pregiudizio liquidabile anche in via equitativa, sulla base di criteri logici e non arbitrari»*⁹⁸

*«Alle ipotesi di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. — configurabile anche nei rapporti tra privato e p.a. che agisca "iure privatorum" — si applica l'art. 1223 c.c., con la conseguenza che il risarcimento deve comprendere sia la perdita subita che il mancato guadagno, purché in relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento, e non del contratto, consistendo quindi il danno emergente nelle spese sostenute ed il lucro cessante nelle occasioni di lavoro mancate, mentre resta, in ogni caso, escluso quanto sarebbe stato dovuto in forza del contratto non concluso»*⁹⁹

⁹⁷ F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 2008, pag. 92.

⁹⁸ Cassazione civile, sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24625, in *Giustizia civile massimario*, 2015.

⁹⁹ Cassazione civile, sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giustizia civile massimario*, 2011, 12, 1795.

Come si evince dalle riportate massime, quindi, non solo la giurisprudenza ammette il risarcimento del lucro cessante, ma lo estende fino a ricomprendervi le perdite derivanti dalla mancata stipulazione di ulteriori e diversi contratti, parimenti o maggiormente vantaggiosi¹⁰⁰ e, come anticipato, la cosiddetta perdita di chance. È stato infatti affermato che “*In materia di responsabilità precontrattuale è risarcibile sia il danno emergente, rappresentato dalle spese inutilmente sostenute, sia il danno da perdita di chance, derivante dalle altre occasioni favorevoli perse*”¹⁰¹. A prescindere dalle difficoltà connesse al relativo calcolo, se accolto anche nell’ambito delle operazioni straordinarie, questa tesi aprirebbe interessanti scenari in considerazione delle implicazioni che avrebbe sulle decisioni delle parti in relazione all’opportunità (o meno) di recedere dalle trattative. Ad esclusione dei casi in cui vi sia un diritto di esclusiva, spesso la valutazione di un’opportunità (ad esempio, la vendita della propria azienda ad un offerente piuttosto che ad un altro in presenza di molteplici *bidders*) implica la scelta tra, e la rinuncia a, diversi potenziali acquirenti, ognuno dei quali rappresenta una chance.

10. *Il concetto di buona fede*

Un tema di fondamentale importanza è rappresentato dal significato da attribuire alla locuzione «buona fede» dell’art. 1337 cod. civ.

Abbiamo già visto come, nonostante la casistica maggioritaria in tema di violazione di obblighi precontrattuali di buona fede riguardi casi di recesso ingiustificato dalle trattative, e anche la dottrina per molto tempo abbia quasi assimilato l’art. 1337 cod. civ. e detta fattispecie, è ormai consolidato come in entrambi gli ambiti il dettato di cui l’art. 1337 cod. civ. rappresenti una clausola generale, l’individuazione del cui precetto specifico è rimessa all’opera degli interpreti. La casistica che si è venuta a formare nel tempo, infatti, è ormai assai variegata. Sono stati ricondotti nell’alveo dell’art. 1337 cod. civ. l’aver iniziato una trattativa in assenza della

¹⁰⁰ Tale scelta è stata criticata in dottrina, dove è stato fatto notare che ciò che conta è che si sia rinunciato ad un altro contratto, che avrebbe portato un qualche vantaggio, a prescindere dal fatto che quest’ultimo sarebbe stato maggiore o minore rispetto a quello derivante dal contratto perseguito e non concluso. La misura del mancato guadagno, infatti, dovrebbe incidere unicamente sull’ammontare del risarcimento, ma non sul fatto che questi sia o meno dovuto. Cfr. N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit. pag. 747.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1323, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014.

reale intenzione di concludere un contratto, l'omessa informazione circa la volontà di recedere, la violazione di una pregressa pattuizione (quali patti di riservatezza o di esclusiva), l'aver indotto controparte a concludere un accordo svantaggioso mediante raggiri etc. Non solo. Essendo stato affermato che il dovere di buona fede ex art. 1337 cod. civ. rappresenta un'espressione del più generale dovere di solidarietà sociale derivante dall'art. 2 Cost.¹⁰², sono stati fatti derivare ulteriori specifici doveri finalizzati a tutelare l'integrità della propria controparte, quali il dovere di segreto¹⁰³, di informazione¹⁰⁴, di custodia¹⁰⁵, di chiarezza etc.¹⁰⁶

L'elencazione è meramente indicativa, e sicuramente la realtà sarà in grado di fornire, con il tempo e l'evolversi del contesto storico in cui la norma andrà calata, ulteriori e nuove fattispecie. Anche la norma in esame, infatti, *“deve essere interpretat[a] non solo al momento cui fu emanata, ma anche nell'ambito storico in cui opera; è compito dell'interprete collocare la norma nello spazio e nel tempo, ricavando da essa quanto è indispensabile a disciplinare i fatti, gli eventi e i rapporti che esigono una regolamentazione e che essa disciplina”*¹⁰⁷. Si pensi, ad esempio, all'evoluzione della normativa in ambito di rapporti tra parti economicamente distanti, come avviene nella relazione intercorrente tra professionista e consumatore, dove l'esigenza di tutela del soggetto debole ha condotto all'introduzione del Codice del Consumo. È chiaro che, in casi come questi, al fine di poter garantire una tutela che sia effettiva, non ci si

¹⁰² Cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato della responsabilità civile, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010.

¹⁰³ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pag. 39 e ss.

¹⁰⁴ *“Nella fase antecedente alla conclusione di un contratto, le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche, future obbligazioni, con conseguente libertà, per ciascuna di esse, di recedere dalle trattative indipendentemente dalla esistenza di un giustificato motivo, con il solo limite del rispetto del principio di buona fede e correttezza, da intendersi, tra l'altro, come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo”*; Cassazione civile, sez. II, 25 maggio 1998, n. 5297, in *Giustizia civile massimario*, 1998, 1159.

¹⁰⁵ Sempre F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pag. 43.

¹⁰⁶ L.M. FRANCIOSI, *Trattative*, op. cit. pag. 21; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., pag. 477; G. PIGNATARO, *La responsabilità precontrattuale*, in I contratti in generale, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, V, pag. 60; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2006, pag. 161.

¹⁰⁷ Cfr. F. FORTE, M. S. FORTE, *Regole di correttezza*, op. cit., pag. 6.

può limitare a disciplinare unicamente gli obblighi contrattuali delle parti coinvolte, ma bisogna regolare anche la fase prodromica alla conclusione del contratto stesso. Lo stesso discorso può essere applicato al caso di rapporti tra professionisti o imprese, dove ben può essere che una parte sia economicamente più forte dell'altra, e abusi di tale situazione per trarre un indebito vantaggio (si pensi, per restare all'ambito che qui interessa, ad una multinazionale che tratti con una piccola azienda *competitor* al fine della sua acquisizione. In una siffatta situazione, ben potrebbe essere che la parte forte possa riuscire a imporre condizioni sfavorevoli, trattando ad esempio al ribasso il prezzo di acquisto, sotto la minaccia di attuare politiche concorrenziali non sostenibili dalla controparte. In questi casi sembra corretto che la regolamentazione intervenga, non solo nella fase patologica del rapporto, ma a monte dello stesso, al fine di garantire il c.d. *fair dealing*).

Una fattispecie di particolare interesse nell'ambito del presente lavoro, sulla quale torneremo in maniera maggiormente specifica più avanti¹⁰⁸, è rappresentata dalla possibilità (o meno) di intrattenere trattative con più soggetti in contemporanea. Al riguardo, si segnalano in dottrina tre differenti approcci: il primo, più restrittivo, ritiene che l'intrattenere negoziazioni parallele rappresenti di per sé una violazione dell'art. 1337 cod. civ., costituendo un comportamento contrario a buona fede¹⁰⁹; un secondo orientamento, meno rigido, reputa il comportamento in questione lecito, ma nei limiti in cui la propria controparte sia stata portata a conoscenza di tale fatto, in maniera tale che possa calibrare l'affidamento da riporre nella futura conclusione del contratto, le cui *chances* ovviamente diminuiscono in presenza di concorrenti. Secondo questa scuola di pensiero, quindi, negoziazioni parallele e obblighi informativi ex art. 1337 cod. civ. sarebbero strettamente collegati in quanto la possibilità di negoziare con più parti discenderebbe dalla previa informazione al riguardo e, quindi, solo in questa maniera costituirebbe un comportamento conforme a buona fede precontrattuale. In conseguenza, perseguire trattative parallele darebbe adito a responsabilità precontrattuale non di per sé, ma per non averlo preventivamente comunicato¹¹⁰; infine, secondo il terzo e ultimo filone dottrinale, non sussisterebbe alcun obbligo in capo ai soggetti coinvolti nelle trattative né di informare la propria controparte (o, meglio, controparti) di star trattando con più soggetti,

¹⁰⁸ In particolare, capitolo II, paragrafo 6, *Documenti ancillari alla lettera di intenti: confidentiality agreements e standstill agreements*.

¹⁰⁹ In tal senso L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pag. 263.

¹¹⁰ R. SACCO, *Il contratto*, op. cit. I, pag. 548.

né, tantomeno, di non intavolare negoziazioni parallele, in pieno ossequio al principio della libertà negoziale delle parti¹¹¹. La fattispecie in esame assume particolare rilievo nell'ambito delle operazioni straordinarie, dove è più facile che ci siano più soggetti interessati alla transazione. Sul punto ci soffermeremo in maniera più ampia *infra*.

Tornando al concetto di buona fede, aggiungiamo a quanto già detto che, per interpretazione costante, sia giurisprudenziale¹¹² che dottrinale¹¹³, essa vada intesa in senso oggettivo.

Ci si chiede se sia possibile derogare all'obbligo di buona fede *ex art. 1337 cod. civ.*, ad esempio tramite una clausola preventiva di esonero¹¹⁴. Se, da un lato, questa alternativa non sembra ipotizzabile in quei casi in cui il legislatore si preoccupa di tutelare uno dei soggetti della trattativa (il riferimento è ai rapporti tra professionisti e consumatori), l'idea non appare così peregrina se applicata in contesti dove non vi siano siffatte esigenze di tutela di parti deboli. In fondo, si tratterebbe di dare un valore economico ad un diritto, e rimettere la scelta relativa alla presenza o meno di tale tutela ai diretti interessati, i quali sono abituati a "dare un prezzo" (o valore) anche ai diritti e decidere se sia congruo o meno, senza la necessità di imposizioni da fonti esterne.

¹¹¹ F. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, 1999, pag. 95, secondo cui "risulta ragionevole ritenere che alle parti non sia affatto preclusa la possibilità di trattare con più soggetti, dal che verrebbe meno il diritto a vedersi risarcita la perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso".

¹¹² "Ai fini della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, la "buona fede" va intesa in senso oggettivo, non soggettivo e psicologico. Anche un comportamento oggettivamente colposo (ossia non intenzionalmente ingannevole) può configurarsi come assenza di buona fede ai fini in discorso"; Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2014, n. 467. Conformi Consiglio di Stato sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633; Consiglio di Stato, sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4196; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 780; Cassazione civile, sez. III, 17 novembre 1997, n. 11394.

¹¹³ A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1998, XVII, pag. 402; A. DE MAURO, F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002, pag. 96.

¹¹⁴ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto, op. cit.*, pag. 1199, il quale sul tema cita anche F. BENATTI, *Culpa in contrahendo, op. cit.* pag. 185.

Sembra remare in senso opposto, tuttavia, quanto affermato dalla Cassazione la quale, pur non essendosi espressa direttamente sul tema, ha dichiarato come non sia possibile disattendere il “*dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 12 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio*”¹¹⁵. L'estensione di questo ragionamento anche alla fase precontrattuale comporterebbe, con buona probabilità, la nullità di quelle pattuizioni volte a liberare le parti dagli obblighi di buona fede nell'ambito delle negoziazioni,

Anticipando brevemente quanto sarà oggetto di discussione più avanti, si segnala che una siffatta soluzione appare certamente più facile da immaginare nei sistemi di *common law* dove, a causa della diversa cultura e approccio al diritto dei contratti, probabilmente sarebbe sufficiente ottenere una qualche *consideration* in cambio della rinuncia alla tutela fornita dal divieto, per la propria controparte, di comportarsi contrariamente a buona fede (obbligo che tra l'altro, come vedremo, appare in ogni caso meno stringente se paragonato a quello imposto dal nostro ordinamento).

11. Responsabilità precontrattuale nell'ambito del diritto europeo

L'importanza delle tematiche precedentemente analizzate sta ottenendo riconoscimenti sempre maggiori anche nell'ambito del diritto sovra-statale e, in particolare, europeo. Come anticipato¹¹⁶, sia in ambito di progetti di unificazione del diritto europeo dei contratti, che del diritto del commercio internazionale o di predisposizione delle *soft rules*, si trovano espressi riferimenti a doveri di buona fede (*good faith, fair dealing*) delle parti nella fase delle trattative precontrattuali. I tratti essenziali che emergono dall'analisi degli articoli rilevanti sono rappresentati, innanzitutto, dall'affermazione della centralità della *freedom to contract* e dall'assenza di qualsiasi responsabilità, in generale, per il caso di mancato raggiungimento di un accordo. Tuttavia, tale libertà trova un limite nel divieto di non comportarsi contrariamente

¹¹⁵ Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775.

¹¹⁶ Cfr. Introduzione, pag. 11, dove sono riportati anche i relativi testi.

a buona fede o recedere ingiustificatamente dalle trattative. Vediamo quindi anche qui la centralità, tra le ipotesi di responsabilità contrattuale del recesso, della rottura ingiustificata delle trattative. Di questi doveri, in alcuni casi, si esclude esplicitamente la possibilità di deroga o limitazione per via contrattuale. È sicuramente più evidente, in queste ipotesi, la finalità di tutela delle parti deboli delle trattative, che potrebbero essere convinte dalle proprie controparti, contrattualmente più forti, a rinunciare alle protezioni offerte dalla regolamentazione. In caso di responsabilità, andranno risarcite le perdite (*losses* o *any loss*) causate a controparte. I termini utilizzati sono abbastanza generici, e bisognerà attendere l'interpretazione che agli stessi verrà data dagli interpreti, anche alla luce delle singole esperienze nazionali, per quanto è probabile che essi vengano limitati, nella maggior parte dei casi, agli interessi negativi del nostro ordinamento, o ai *reliance damages* (in contrapposizione agli *expectations damages*) degli ordinamenti di *common law* (principi che, come anticipato, non coincidono perfettamente). Infine, in alcuni casi, viene fatto espressamente riferimento ad un comportamento che sicuramente costituisce (come nel nostro ordinamento, dove il principio è stato affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina) un'ipotesi di comportamento illecito: l'aver iniziato (o continuato) le trattative, senza alcuna effettiva intenzione di raggiungere un accordo, ma per altri fini.

Sicuramente, la direzione presa nell'ambito dei progetti di regolamentazione europea del diritto dei contratti ha il pregio di cercare di incentivare le transazioni con profili di internazionalità, uniformando e standardizzando le relative procedure e aumentando quindi la familiarità con la quale le parti potranno approcciarsi ad accordi con controparti di altri paesi, o regolati da leggi straniere o sovranazionali. Con specifico riferimento all'ambito delle operazioni straordinarie, tuttavia, non è scontato che operatori professionali con formazione ed estrazione differenti da quella nostrana (il riferimento è, ovviamente, agli operatori anglosassoni) vedano con particolare *favor* il ruolo preponderante che la buona fede sembra star assumendo nell'ambito dei doveri precontrattuali.

Rimanendo sempre nell'ambito sovra-nazionale, si segnala che la Corte di Giustizia si è espressa a favore della natura extracontrattuale (o da delitto o quasi delitto) della responsabilità precontrattuale, in un caso relativo alla determinazione della competenza giurisdizionale ai

sensi della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968¹¹⁷. Tale decisione non è andata esente da critiche¹¹⁸.

¹¹⁷ Corte di Giustizia UE, 17 settembre 2002, C 334/00, Tacconi, pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 1321 con nota di POGGIO, e in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, 808. Nel caso specifico, la Corte, alla quale era stato chiesto se l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale rientrasse nel campo di applicazione dell'art. 5.3 (delitti o quasi-delitti) della Convenzione di Bruxelles, o in quello dell'art. 5.1 (materia contrattuale), premesso che “la nozione di «materia di delitto o quasi-delitto» ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles, comprende qualsiasi domanda che miri a coinvolgere la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleggi alla «materia contrattuale»” mentre “la nozione di «materia contrattuale» di cui all'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non può ricomprendere le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra” ha affermato che il “pregiudizio risultante da una rottura ingiustificata delle trattative potrebbe derivare solo dalla violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto”. Di conseguenza, la Corte ha dedotto che in “mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti di un'altra in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto e dall'eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'ambito di tali trattative, l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles”.

¹¹⁸ In particolare, è stato notato come “la contrattualità è qualifica da riferire, in tal contesto, non all'atto ma al rapporto, mentre è insostenibile l'abbassamento della relazione precontrattuale all'area del non rapporto” (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale*, op. cit. pag. 1959).

Parte II

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELL'AMBITO DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE¹

Sommario 1. Introduzione – 2. La responsabilità precontrattuale nelle operazioni di acquisizioni di partecipazioni societarie – 3. Fase precontrattuale e obblighi di buona fede nelle operazioni di acquisizione – 4. I documenti precontrattuali: le lettere di intenti – 5. Valenza giuridica delle lettere di intenti – 6. Documenti ancillari alla lettera di intenti: *confidentiality agreements* e *standstill agreements* – 7. Il recesso dalle trattative nell'ambito delle operazioni straordinarie – 8. Un caso pratico: la decisione del Tribunale di Milano in una controversia in tema di acquisizione di partecipazioni societarie

1. Introduzione

Ora che abbiamo delineato i tratti essenziali della responsabilità precontrattuale nell'ambito del diritto italiano, possiamo passare a vedere come questa abbia trovato applicazione nello specifico settore dei rapporti tra operatori economici professionali. Come anticipato, questo particolare angolo visuale è stato scelto per le peculiarità che lo caratterizzano, rappresentate dalla assoluta centralità (e ampiezza) della fase delle trattative, e da una sorta di capovolgimento (o stravolgimento) delle fasi prodromiche alla conclusione di

¹ Precisiamo che l'utilizzo dell'espressione «operazioni straordinarie» è meramente descrittivo e con essa faremo riferimento non solo alle operazioni straordinarie in senso stretto (fusioni ed acquisizioni) ma anche ad altre operazioni che vedono coinvolti operatori economici professionali, dove vi sono minori esigenze di tutela di parti deboli (situazioni, dunque, assai differenti da quelle riscontrabili, ad esempio, in presenza di consumatori e professionisti), seppur anche in tali settori sia possibile individuare in alcuni casi rapporti di “sudditanza economica” tra le parti (si pensi al caso specifico della multinazionale che intenda acquisire una piccola realtà locale).

un contratto². Spesso alcuni degli elementi essenziali di quello che sarà poi il contratto definitivo vengono individuati addirittura diverso tempo prima che sia circolata la prima bozza di contratto (sia esso di acquisizione, di *joint venture* etc.). È il caso, nell'ambito delle operazioni di acquisizioni societarie, della lettera di intenti (o *memorandum of understanding*) alla quale seguiranno poi la fase di *due diligence*, il cosiddetto *signing* ed il *closing* dell'operazione. Chi, formatosi nelle nostre università, si sia poi approcciato alla professione, soprattutto nell'ambito degli studi legali d'affari, potrà ben comprendere la difficoltà del giurista italiano nell'approcciarsi a un siffatto schema contrattuale³. Significativo risulta, inoltre, il fatto che ormai anche da noi si faccia utilizzo di una terminologia anglofona, rinunciando ad usare termini nostrani⁴.

È possibile riscontrare problematiche peculiari anche nell'ambito di complesse operazioni di finanza di progetto (*project finance*) dove vi sono molteplici parti coinvolte (società industriali, banche finanziatrici, nonché autorità governative) che spendono diversi mesi nella strutturazione di progetti che richiedono la collaborazione di tutti i soggetti coinvolti e che sono spesso destinati a svilupparsi nel corso di anni. Questioni analoghe sorgono anche nelle operazioni di prestiti sindacati (*syndacated loans*) dove, prima che venga firmato il contratto di finanziamento "definitivo" tra le parti interessate circolano diversi documenti

² Come è stato correttamente notato, tale approdo è sicuramente il risultato di influenze anglo-americane, che hanno importato i modelli che là si sono diffusi nella prassi dove "il tradizionale iter "trattativa – contratto preliminare – contratto definitivo" (che vedeva il periodo propriamente precontrattuale in posizione subordinata al momento contrattuale vero e proprio) sembra essere stato sostituito da un nuovo modello operativo, connotato da un'estesa fase di negoziazione, caratterizzata da momenti ben definiti, suggellati da strumenti giuridici di recente diffusione, quali, ad esempio, le lettere di intenti e la *due diligence investigation*", cfr. L. M. Franciosi, *Trattative*, op. cit., pag. 4.

³ Alcuni avvocati, intervistati al riguardo, ricordano con simpatia come, quando gli investitori americani negli anni '80 arrivarono nel mercato europeo importando anche le loro "*best practices*" venisse loro richiesto dai colleghi d'oltreoceano di utilizzare le prassi colà utilizzate, e quando veniva fatto loro notare che ciò non era possibile sotto il diritto nostrano, la risposta che spesso veniva data fosse: "*that's how we do it and that's how we want it to be done*".

⁴ Altrettanto significativo il fatto che spesso la contrattualistica di queste operazioni e, in particolare, il *sale and purchase agreement* (il contratto di acquisizione di partecipazioni azionarie) siano redatti direttamente in inglese.

(*term-sheet, offer document, mandate letter* etc.) che possono dare adito a responsabilità a causa delle obbligazioni sorte nelle fasi preliminari delle negoziazioni.

Al fine di meglio cogliere le criticità riscontrabili in suddette situazioni (e trovare le possibili soluzioni) faremo ricorso all'analisi ed ai principi delineati nel primo capitolo del presente lavoro. Un apporto significativo in tale attività è stato dato dall'opera ermeneutica degli studiosi del settore, in quanto la giurisprudenza al riguardo è scarna, a causa del generale ricorso allo strumento dell'arbitrato per risolvere le controversie sorte sul tema.

2. La responsabilità precontrattuale nelle operazioni di acquisizioni di partecipazioni societarie

Nella prassi, una delle tipologie contrattuali che sta trovando sempre più ampia diffusione ed utilizzo è il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie, mediante il quale un soggetto (tipicamente, una realtà industriale o un fondo di investimento) acquista la partecipazione in un'altra società (nella maggior parte dei casi, soprattutto di più rilevante valore economico, azioni o quote) che, spesso, rappresenta la maggioranza o addirittura la totalità della partecipazione. Meno frequentemente, si verifica l'ingresso nel capitale di minoranza. Il relativo contratto, noto nella prassi come *sale and purchase agreement*⁵ è il risultato di una lunga attività negoziale, proporzionale alla complessità della società oggetto di acquisizione, che si svolge nel corso di mesi, in una situazione caratterizzata da una forte asimmetria informativa con riguardo non tanto all'oggetto diretto del contratto di compravendita (le azioni o quote⁶), ma all'oggetto "indiretto", rappresentato dalla società la cui relativa partecipazione viene ceduta⁷. Ad eccezione dei casi riguardanti società quotate, dove alcune informazioni devono necessariamente essere rese pubbliche, nell'ipotesi di società chiuse (che, nella nostra realtà, rappresentano la maggioranza) lo spettro di informazioni disponibili a soggetti esterni alla società stessa è spesso limitato. Pertanto, chi fosse interessato

⁵ O *share purchase agreement* o *stock purchase agreement*. A prescindere dal *nomen* utilizzato, resta il fatto che tale tipologia contrattuale non è espressamente disciplinata dal nostro ordinamento e, quindi, bisognerà fare applicazione dei principi generali in materia di contratto posti dal nostro ordinamento.

⁶ Esula dal presente lavoro l'analisi delle problematiche connesse alla circolazione e trasferimento di detti strumenti partecipativi del capitale sociale, per la quale rimandiamo a G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, IX ed., Utet Giuridica, 2015.

⁷ U. DRAETTA – C. MONESI, *I contratti di acquisizione di società ed azienda*, Milano, 2007.

ad entrare nel capitale sociale dovrà svolgere una lunga e attenta analisi delle informazioni relative alla società bersaglio (o “target”), informazioni che necessariamente saranno veicolate da coloro che già ricoprono la carica di socio al suo interno, e che richiederanno la collaborazione di soggetti valutatori esterni, quali *advisors* legali e/o finanziari⁸. Si capisce abbastanza agevolmente già da questa breve premessa come la disciplina della responsabilità precontrattuale risulti fondamentale per l’analisi di siffatte fattispecie: più è temporalmente ampia la fase delle trattative, maggiori occasioni ci saranno che una delle parti possa recedere prima che si arrivi alla stipula di un contratto definitivo; la presenza di diversi concorrenti, sia dal lato del venditore che dell’acquirente, comporta l’interrogarsi se il recesso dalle trattative in presenza di un’offerta maggiormente vantaggiosa possa considerarsi legittimo o meno; la particolare rilevanza del flusso informativo incide notevolmente, ed è strettamente connessa, con gli obblighi di buona fede, in generale, e i doveri di informazione⁹, in particolare, che da quel principio comportamentale discendono (come visto nel I capitolo); l’individuazione del momento in cui si può dire che le parti hanno raggiunto un accordo sugli elementi essenziali¹⁰

⁸ Per un’introduzione generica alle problematiche di responsabilità civile che possono sorgere nel contesto oggetto di analisi, si veda V. SANGIOVANNI, *Due diligence, trattative e fattispecie di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, n. 8 – 9/2011, pag. 801; *Lettere di intenti, due diligence e trattative negli acquisti di azioni e quote*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, n. 3/2015, pag. 24.

⁹ “*A chi avvia una trattativa incombono, oltre a tutta una serie di obblighi negativi (divieti) (...) anche alcuni obblighi positivi (imperativi) fra i quali emerge quello di fornire all’altra parte le informazioni che possono o addirittura debbono servirle per avere una visione quanto più possibile chiara ed esauriente del tipo e della portata del regolamento d’interessi al quale si appresta a dare la sua adesione*”; F. CARRESI, *Il contratto*, Giuffrè, 1987, pag. 715. La portata del riportato inciso nello specifico ambito oggetto di analisi dove è particolarmente marcata l’asimmetria informativa tra le parti è evidente.

¹⁰ “*Incorre nella responsabilità precontrattuale di cui all’art. 1337 c.c. la parte che, dopo aver suscitato in altri un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, recede ingiustificatamente dalle trattative. Tuttavia - perché le trattative siano considerabili affidanti - è necessario che nel corso di esse le parti abbiano preso in considerazione almeno gli elementi essenziali del contratto, come ad esempio la natura delle prestazioni o l’entità dei corrispettivi*”; Cassazione civile, sez. III, 13 marzo 1996, n. 2057 in *Foro italiano*, 1996, I, 2065. In realtà, la giurisprudenza di legittimità ha precisato come anche una volta raggiunta l’intesa sugli elementi essenziali del contratto, ciò non sia sufficiente per dirsi del tutto fuoriusciti dalla fase delle trattative: “*Ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l’intesa su tutti gli elementi dell’accordo, non potendosene ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l’intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento (cosiddetto “minuta” o “puntuazione”), risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli*

del contratto (momento che la giurisprudenza nostrana ha tendenzialmente fatto coincidere con il limite oltre il quale non è più possibile recedere senza una giusta causa) risulterà particolarmente complicata, in presenza di una documentazione contrattuale particolarmente varia (lettere di intenti, report di due diligence etc.) o, similmente, pur in assenza di un accordo su tutti gli elementi essenziali, sarà arduo stabilire quando le negoziazioni si siano spinte al punto di ingenerare in una delle parti il ragionevole affidamento nella conclusione del relativo contratto.

Come brevemente anticipato nel paragrafo precedente, lo schema attraverso il quale si giunge alla sottoscrizione del contratto definitivo è peculiare ed importata dalla realtà anglosassone¹¹. Tendenzialmente, è possibile individuare due “macro-fasi”: la prima va dal primo incontro delle parti fino alla conclusione di un contratto che, nella nostra terminologia, può essere indicato come “preliminare” e che, nel linguaggio commerciale viene indicato come *signing*. All’interno di questa fase vi sono diversi *steps* quali riunioni, scambi di materiali e informazioni (la cosiddetta *due diligence investigation*) e sottoscrizione di documenti (lettere di intenti, accordi di riservatezza, accordi di esclusiva etc.) più o meno vincolanti. Con il contratto “preliminare”, invece, si prevede l’acquisto dei titoli rappresentativi del capitale sociale (azioni o quote) nonché gli obblighi assunti da entrambe le parti, oltre ad altre previsioni¹². Il trasferimento della titolarità, tuttavia, viene differito ad un secondo momento, detto “*closing*”, al fine di avere l’opportunità di procedere ad alcuni ulteriori controlli e, spesso,

elementi accessori. Peraltro, anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto, il cui accertamento, nel rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli art. 1362 ss. c.c., è rimesso alla valutazione del giudice di merito”; Cassazione civile, sez. III, 18 gennaio 2005, n. 910, conforme Cassazione civile, sez. III, 11 gennaio 2005, n. 367.

¹¹ Per una disamina specifica di questa fattispecie contrattuale si rimanda a G. DE NOVA, *Il sale and purchase agreement, un contratto commentato*, Giappichelli, 2017; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2007; L. G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, Il sole 24 ore, 1996; F. BONELLI, M. DE ANDRÈ, (a cura di), *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Giuffrè, 1990.

¹² In particolare, meccanismi di determinazione del prezzo, gestione interinale dell’azienda, dichiarazioni e garanzie etc., per i quali si veda A. TRISCORNIA, *Memorandum su taluni aspetti di tecnica redazionale nei contratti di acquisizione*, in Rivista di diritto societario, 2008, fasc. 4 pag. 924 – 964.

in modo da avere il tempo necessario ad ottenere eventuali autorizzazioni (degli rispettivi organi sociali, di autorità nazionali o internazionali etc.). Tale posticipazione consente all'acquirente di completare il processo valutativo della *target* sulla base di informazioni maggiori e più delicate fornite solamente dopo il *signing* da parte dell'acquirente che, rassicurato dalla presenza di un contratto (seppur "preliminare") non avrà il timore di utilizzi scorretti di controparte delle informazioni ricevute *medio tempore*. Poiché una volta conclusa la prima fase, le parti sottoscrivono un contratto che assurgerà a fonte di obbligazioni, la fase che a noi interessa è rappresentata da tutto ciò che avviene precedentemente a tale momento, quando le parti sono ancora nell'area della responsabilità precontrattuale. In questa fase, infatti, sorge la necessità di "*determinare gli obblighi di natura giuridica eventualmente incombenti sulle parti durante le trattative, problema che consiste nello stabilire se i comportamenti delle parti stesse in tale fase appartengano al mondo del non-diritto, così che il giurista possa disinteressarsene, ovvero se possano avere una qualche rilevanza giuridica*". Questo tema è strettamente connesso all'esigenza di "*identificare la natura giuridica di quei documenti che le parti si scambiano con frequenza crescente nel corso dei negoziati*"¹³.

3. Fase precontrattuale e obblighi di buona fede nelle operazioni di acquisizione

In tale fase sono molteplici le situazioni da cui può derivare la responsabilità precontrattuale di una delle parti coinvolte nelle trattative nel caso in cui queste falliscano: si pensi al caso di chi ingeneri nella propria controparte la convinzione di aver ormai raggiunto l'accordo su tutti i punti principali del contratto da sottoscrivere (magari già prospettando la data in cui incontrarsi per firmare il contratto, scomodando legali, notaio etc.) e poi, improvvisamente, e senza un giustificato motivo, si ritiri dalle trattative; o di chi intavoli negoziati al fine di ricevere un'offerta per l'acquisto delle azioni di cui è titolare unicamente per poter poi esercitare un'opzione su dette azioni; ancora, di chi intrattenga molteplici negoziati con più controparti, senza che queste ultime siano consapevoli di stare partecipando ad un'asta. In tutte queste ipotesi assume una preminente rilevanza la disciplina della responsabilità precontrattuale, non solo come delineata a livello codicistico, ma anche come

¹³ U. DRAETTA, C. MONESI, *Il contratto di acquisizione*, op. cit., pag. 76.

integrata dagli accordi e impegni liberamente assunti dalle parti in questa fase¹⁴. Di fatti, per quanto si potrebbe sostenere che tale fase sia adeguatamente regolata dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede ex art. 1337 cod. civ., così come declinato nelle sue varie sfaccettature dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁵, sicuramente per gli operatori commerciali risulta maggiormente rassicurante la presenza di specifici obblighi messi per iscritto e, pertanto, più certi e sottratti all'alea connessa all'attività ermeneutica e decisionale dei giudici¹⁶. Di fatti, la *lex mercatoria* ha dato vita a una moltitudine di accordi tra cui, per quanto qui interessa, i più rilevanti sono rappresentati dalle lettere di intenti e dagli accordi di riservatezza (o *confidentiality agreements*). Inoltre, è opinione diffusa che la limitazione del risarcimento in ipotesi di responsabilità precontrattuale al solo interesse negativo non sia in questi casi adeguata¹⁷.

4. I documenti precontrattuali: le lettere di intenti¹⁸

Come anticipato, la sottoscrizione della lettera di intenti¹⁹ rappresenta senza ombra di dubbio uno degli step più diffusi nell'ambito delle operazioni di acquisizione. Nonostante il suo

¹⁴ U. DRAETTA, *Ancora sulla efficacia delle lettere di intento nella prassi commerciale internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, 763.

¹⁵ L. G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, op. cit., pag. 21.

¹⁶ A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, op. cit. pag. 72.

¹⁷ “Appare chiara l’incapacità della disciplina prevista dall’art. 1337 c.c. di soddisfare le esigenze delle parti contraenti, sia dal punto di vista della definizione dei loro rapporti, sia sotto il profilo del risarcimento dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi di lealtà e correttezza, che spesso comportano pregiudizi notevolmente superiori al così detto interesse contrattuale negativo (limite invalicabile per la quantificazione del danno subito)”, A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, op. cit., pag. 78. In realtà, abbiamo visto come alcuni autori, nonché la giurisprudenza amministrativa, abbiano riconosciuto la possibilità di estendere il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale fino a ricomprendervi l’interesse positivo. Si rimanda al paragrafo 9, capitolo I, *Il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale*.

¹⁸ Precisiamo che nella prassi si fa ricorso ad una terminologia assai varia (*memorandum of understanding*, *heads of agreement* etc.) con la quale ci si riferisce genericamente alla documentazione sottoscritta nella fase delle negoziazioni.

¹⁹ Sul tema delle lettere di intenti si veda, senza pretesa di esaustività, V. SANGIOVANNI, *Lettere di intenti, due diligence e trattative negli acquisti di azioni e quote*, op. cit., M. CAPODANNO, *Lettere di intenti, doveri in contrahendo e buona fede nelle trattative*, in *Rivista di diritto privato*, 2008, fasc. 2, pag.; A. TINA, *Il*

fine sia quello di meglio precisare i diritti e gli obblighi delle parti nella delicata fase delle trattative, in assenza di un contratto definitivo, nella prassi non si può negare che lo strumento in questione abbia creato non pochi grattacapi e qualche incertezza²⁰. Significativo al riguardo quanto notato da un Autore che ha studiato profondamente il tema, anche in chiave comparatistica, secondo cui “*Le lettere di intenti (...) sono spesso il frutto di un compromesso tra il desiderio, in chi le predispone, di assumere il minor numero di impegni possibile, e l’obiettivo di consolidare in qualche modo le concessioni già ottenute al tavolo delle trattative. Ne risultano dei testi spesso oscuri o ambivalenti che mettono a dura prova le capacità esegetiche dell’interprete*”²¹.

Anche solo la sua precisa definizione comporta alcune complessità, non essendo possibile una *reductio ad unum* della varia documentazione che viene generalmente ricompresa sotto tale

contratto di acquisizione, op. cit., pag. 69 e ss.; U. DRAETTA, C. MONESI, *Il contratto di acquisizione*, op. cit., pag. 75 e ss.; L. G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, op. cit., pag. 23 e ss.; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Cedam, Milano, 2005; U. DRAETTA, R. B. LAKE, *Letters of intent and other precontractual documents – Comparative analysis and forms*, Salem, Butterworth, 1994; *Letters of intent and precontractual liability*, *International Business Law Journal*, 1993, pag. 835; F. DI SABATO, *Cessione di azienda e cessione di pacchetti di riferimento: appunti per una riflessione sulla prassi contrattuale*, Aa. Vv., *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, Milano, 1991; U. DRAETTA, *Ancora sull’efficacia delle lettere di intento nella prassi commerciale internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985.

²⁰ In particolare, con riguardo alla loro vincolatività o meno, sia nei paesi di *common law* che di *civil law*. Si veda ad esempio il caso *Pennzoil* (per il quale rimandiamo a U. DRAETTA, *The Pennzoil case and the binding effect of the letters of intent in the international trade practice*, in *International Business Law Journal*, 1988, pag. 155 e ss.) dove una lettera di intenti è stata dichiarata vincolante dai giudici, e, nel nostro ordinamento, il caso *SME* (U. DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e SME*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, pag. 249 e ss.) ove, al contrario, i giudici si sono espressi a favore della non vincolatività di una lettera di intenti, contrariamente a quanto creduto da una delle parti. L’impressione è la stessa anche nei sistemi di *common law*. È stato infatti affermato che “*Perhaps the only general rule is that there is no general rule, that is that one cannot say in advance that a letter of intent has or has not legal effect and, if it does, what the effect would be. Everything must depend on an objective analysis of what the parties have said and done*”, M. FURMSTON, *Letters of intent, Contract formation and parties*, edited by A. Burrows, E. Pell, Oxford University Press, 2010.

²¹ U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, Cedam, 1984, pag. 51.

espressione²². Nella presente opera, con questa espressione ci riferiremo a qualsiasi documento sottoscritto prima della conclusione del contratto di acquisizione vero e proprio, con le quali le parti disciplinano le trattative in corso e le modalità di conduzione delle stesse o, in aggiunta o in alternativa, mettono per iscritto i punti sui quali hanno già raggiunto un accordo, fatta in ogni caso salva la possibilità di non addivenire alla conclusione del relativo contratto o di ritornare (anche) sui punti già condivisi²³. Ulteriore funzione svolta dalle lettere di intenti è quella di dimostrare la serietà delle parti coinvolte nelle negoziazioni con riguardo alla volontà di addivenire alla sottoscrizione di un contratto²⁴. Ciò ha ovvie ripercussioni in tema di comportamento in grado di ingenerare ragionevoli aspettative nella conclusione del contratto.

La questione più rilevante con riguardo alle lettere di intenti è certamente rappresentata dalla loro vincolatività. Al riguardo saranno fondamentali le espressioni utilizzate dalle parti al fine di valutare quale sia la comune intenzione delle parti²⁵, se vincolarsi in maniera definitiva o meno, con la considerazione che la semplice previsione di un successivo contratto definitivo potrebbe essere interpretata da un giudice come una mera necessità di formalizzare un accordo che in realtà è stato già raggiunto, soprattutto se nella lettera di intenti sarà già possibile ravvisare tutti gli *essentialia negotii*²⁶. Non sempre sarà semplice individuare tale comune intenzione delle parti, in parte a causa della qualità delle lettere di intenti²⁷, in alcuni casi scritte

²² G. CAPECCHI, *Il valore giuridico delle lettere di intenti*, in *Diritto del commercio internazionale*, fascicolo 2, 2001, pag. 383. La lettera di intenti è stata da un Autore definita come “*fattispecie polisensa di sfuggevole determinazione, nel limbo tra minuta di contratto e contratto preliminare*”, così S. UGOLINI, *I gentlemen's agreements sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contratto e impresa*, 2001, pag. 1067.

²³ Ciò, ovviamente, dipenderà dal tenore letterale della lettera.

²⁴ U. DRAETTA, C. MONESI, *I contratti di acquisizione*, *op. cit.* pag. 80; L. G. PICONE, *Contratti di acquisto*, *op. cit.* pag. 24.

²⁵ “*l'interrogativo sulla sussistenza o meno dell'effettivo intento di concludere il contratto – e non, invece, di predisporre un atto solo «preparatorio» (cosiddetta «minuta» o «puntuazione») di un futuro contratto – si risolve in una classica «quaestio voluntatis»*”; M. CAPODANNO, *Lettere di intenti*, *op. cit.* pag. 310.

²⁶ U. DRAETTA, C. MONESI, *I contratti*, *ibidem*.

²⁷ È possibile riscontrare problematiche analoghe anche nei paesi di *common law*, dove tuttavia, almeno in via generale, è più difficile assistere all'intromissione di un giudice nell'esegesi del testo contrattuale fino ad assegnare un significato più ampio al testo rispetto a quello voluto dalle parti. Cfr. U. DRAETTA, C. MONESI, *I contratti di acquisizione*, *op. cit.* pag. 77; A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, *op. cit.* pag. 89. Non è tuttavia possibile escludere che anche in Inghilterra o America un giudice possa rinvenire una *intention to*

da non-legali, che quindi non sono dotati di quella finezza nel cogliere siffatta sfaccettatura, in parte a causa del sopra richiamato compromesso per cui la lettera viene ritenuta vincolante per la propria controparte e non per sé stessi. Una terminologia chiara e precisa sarà quindi certamente consigliabile, mentre l'opacità delle espressioni (a volte utilizzata per mascherare le reali intenzioni delle parti) potrebbe rivelarsi controproducente.

Passando alle massime giurisprudenziali, sono scarse le decisioni che si sono spinte a fornire una definizione. Si segnala al riguardo Corte appello Roma, 17 giugno 2002, secondo cui *“L'espressione "lettera d'intenti" definisce di regola un documento con cui le parti fissano il contenuto di accordi raggiunti nel corso di trattative che si presentino lunghe e particolarmente complesse al fine di ottenere una documentazione dello svolgimento delle trattative ed una fissazione degli elementi già concordati di un futuro negozio, senza per questo ancora vincolarsi ad un accordo da completare”*²⁸, nonché Cassazione civile, sez. I, 14 maggio 1998, n. 4853 *“Le parti che, con riferimento ad una scrittura privata, abbiano per essa usata la formula "lettera di intenti", adottando un'espressione con cui, nel linguaggio commerciale, si esprimono i propositi dei futuri contraenti nella fase delle trattative precontrattuali che precede la stipulazione di un negozio soltanto eventuale (e, pertanto, non doveroso per i suoi sottoscrittori), mostrano l'esclusivo intento di predisporre le clausole da recepire nel futuro contratto nell'eventualità della positiva conclusione delle trattative stesse”*²⁹.

create legal obligation dalla sottoscrizione di una lettera di intenti. Cfr. G. CAPECCHI, *Il valore giuridico delle lettere di intenti*, op. cit., pag. 384.

²⁸ Rivista di diritto commerciale, 2003, II, 97.

²⁹ Contratti, 1998, 547 (con nota di VENCHIARUTTI). Una più risalente pronuncia, invece, aveva assimilato la lettera di intenti alla puntuazione: *“La "lettera di intenti" va qualificata, al pari della cosiddetta "puntuazione" o "minuta di contratto", come un mero atto precontrattuale, qualora dall'accertamento della volontà delle parti risulti che tale intesa sia stata sottoscritta al fine di manifestare o formalizzare l'intento di trattare e di puntualizzare i termini della trattativa”*; Tribunale Milano, 26 giugno 1989, in Rivista del notariato 1990, 474. È stato tuttavia notato come sussista una differenza tra lettera di intenti e puntuazione che risiede nella natura programmatica della lettera di intenti, mentre la puntuazione ha lo scopo principale di fornire un documento “storico” o “probatorio” delle negoziazioni ancora in corso. Mentre *“la puntuazione guarda prevalentemente al passato, le lettere di intenti volgono lo sguardo al futuro”*. Si veda N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit. pag. 66.

5. Valenza giuridica delle lettere di intenti

Da quanto detto sopra si evince la rilevanza giuridica ricoperta dalla lettera di intenti nell'ambito della responsabilità *ex art.* 1337 cod. civ. e della valutazione del comportamento tenuto dalle parti nel corso delle negoziazioni.

Particolare rilievo assume la fase delle trattative all'interno della quale le parti decidano di mettere per iscritto i punti sui quali hanno già raggiunto un accordo, elemento che sarà rilevante al fine di valutare se sia possibile dirsi presente un ragionevole affidamento nella futura conclusione del contratto. Nella generalità dei casi, manca nelle parti una effettiva volontà di vincolarsi (se non con riguardo a specifici punti, quali ad esempio obblighi di riservatezza o di esclusiva nelle negoziazioni)³⁰. In ogni caso, è indubbia la loro valenza probatoria con riguardo alla dimostrazione dello stadio avanzato delle trattative, requisito fondamentale nella valutazione di eventuali responsabilità precontrattuali. È chiaro, infatti, che prima ancora che sia stato scambiato tra le parti un qualche documento in cui si inizi a mettere per iscritto anche un preliminare accordo, sarà ben difficile sostenere, in una fattispecie in cui le negoziazioni sono molto ampie e i soggetti tendenzialmente sofisticati, che vi fosse quel ragionevole affidamento nella serietà delle trattative in grado di far scattare la responsabilità *ex art.* 1337 cod. civ.³¹. Al contrario, se le parti hanno raggiunto una fase tale per cui hanno sentito

³⁰ Ad esempio, nella prassi americana, si è soliti suddividere le previsioni della lettera di intenti tra clausole *binding* (vincolanti) e *non binding* (non vincolanti); cfr. D. A. OESTERLE, *The law of mergers and acquisitions, American casebook series, West Academic Publishing, 4th edition, 2012*, pag.247.

³¹ Richiesto, lo ricordiamo, in maniera pacifica dalla giurisprudenza di legittimità: “*In tema di responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., se lo svolgimento delle trattative è, per serietà e conclusione, tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne receda senza giusta causa, violando volontariamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo*”, Cassazione civile, sez. III, 18 luglio 2003, n. 11243. Similmente Cassazione civile, sez. II, 14 luglio 1999, n. 5830, secondo cui “*Qualora i contatti intercorsi fra due soggetti non siano tali, per mancanza di univocità dei comportamenti, da determinare la conclusione del contratto, essi possono tuttavia configurare delle trattative giunte ad un tale punto di sviluppo da ingenerare in una parte un giustificato affidamento sulla conclusione del contratto; in tal caso, il recesso ingiustificato dà luogo solo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcire il danno. Del resto l'avvenuto perfezionarsi di intese su alcuni punti dello stipulando contratto o gli eventuali accordi parziali, per il loro carattere provvisorio e la loro efficacia subordinata all'esito positivo delle trattative, non esulano dall'ambito della fase precontrattuale, e non provano certo la conclusione di un contratto*”.

la necessità di mettere per iscritto qualcosa, tale fattore sarà significativo dell'avanzamento delle negoziazioni, delle quali le stesse hanno cercato una qualche formalizzazione, seppur *in nuce*³². In un contesto complesso come quello delle trattative per l'acquisizione di pacchetti azionari risulterebbe assai difficile, se non improbabile, che le parti vadano avanti per settimane o mesi a negoziare senza sentire la necessità di mettere per iscritto i punti su cui, in maniera più o meno definitiva, hanno raggiunto un accordo, pur mantenendo la libertà di non concludere il contratto o di rinegoziare tutto quanto. La formalizzazione di alcuni punti, d'altronde, avrà sicuramente un effetto positivo nell'ambito delle negoziazioni, in quanto ciascuna parte si sentirà maggiormente rasserenata con riguardo alle intenzioni di controparte e, di conseguenza, incentivata ad investire nelle trattative, accrescendo il valore complessivo dell'operazione (che si basa anche sulle spese incorse dalle parti per raggiungere la conclusione della stessa). In ogni caso, si precisa che la sottoscrizione di un siffatto accordo non è sufficiente a far uscire le parti dall'ambito precontrattuale, inteso in senso lato, e far elevare i rapporti tra le stesse a livello contrattuale. La lettera di intenti è idonea a rilevare quale strumento probatorio con riguardo alla serietà degli intenti delle parti, e ad annotare quei punti su cui si sia già raggiunto un accordo, ma non è idonea a creare un vincolo assimilabile a quello scaturente dalla sottoscrizione di un contratto preliminare. Non sarà pertanto azionabile, ad esempio, il rimedio rappresentato dall'esecuzione dell'obbligo di contrarre *ex art. 2932 cod. civ.*, né richiedere il risarcimento dei danni subiti a causa della mancata conclusione del contratto definitivo. Come è stato notato “*Le conseguenze giuridiche di un mancato adempimento degli obblighi assunti con una lettera di intenti vanno ricercate altrove, e precisamente nell'ambito della culpa in contrahendo*”³³.

Con specifico riferimento alla valenza giuridica delle lettere di intenti, sono stati individuati in dottrina quattro possibili soluzioni³⁴: essa potrà essere interpretata quale un contratto preliminare che obbliga alla successiva sottoscrizione di un contratto definitivo; come dichiarazione bilaterale con la quale le parti puntualizzano lo stato raggiunto nel corso delle

³² Si ricorda inoltre la tendenza dei nostri giudici ad attribuire un qualche effetto utile alle attività e documenti che vengono ad esistenza, i quali altrimenti sarebbero privi di alcuna ragion d'essere.

³³ R. SPECIALE, *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, Milano, 1990, pag. 142.

³⁴ A. TINA, *Il contratto*, op. cit., pag. 94.

trattative, senza conferire alla stessa alcun valore vincolante; come punteggiatura o minuta; infine, come semplice annotazione non vincolante circa la disponibilità delle parti a negoziare.

Come detto, generalmente l'importanza del valore attribuito alla lettera di intenti viene alla luce nel momento in cui le trattative falliscono, e si rende necessaria la valutazione se sussista una qualche responsabilità precontrattuale di una delle parti. Al contrario, una volta che si sia raggiunta la stipula del contratto di acquisizione, la lettera di intenti perde di rilievo giuridico, essendo superata dai successivi accordi intercorsi³⁵. A volte, addirittura, il contratto "definitivo" (anche se, come visto, si tratta ancora di preliminare) espressamente elimina ogni rilevanza giuridica di tutta la documentazione scambiata tra le parti prima di esso. È il caso in cui le parti espressamente prevedano che il contratto concluso rappresenta l'intero e completo accordo che supera qualsiasi altra precedente pattuizione (cosiddetta clausola di completezza³⁶), tra cui anche la lettera di intenti. In altri casi, tuttavia, le lettere di intenti possono assumere una valenza interpretativa³⁷ del successivo contratto, qualora di esse si faccia espresso riferimento nell'ambito delle premesse contrattuali, o addirittura assurgere a parte integrante dello stesso (si pensi alla previsione, assai comune, con la quale alla fine dell'elencazione delle premesse, si sancisce che tutto quanto precedentemente citato forma «parte integrante e sostanziale del presente contratto»). È stato tuttavia notato che *“non è possibile (...) escludere a priori l'eventualità che tali previsioni negoziali vengano, in un secondo momento, considerate alla stregua di mere clausole di stile prive, in quanto tali, di alcuna efficacia”*³⁸.

³⁵ Ciò anche in considerazione di quella giurisprudenza, sopra citata, che ritiene inapplicabile l'art. 1337 cod. civ. in caso di successiva conclusione di un contratto. Si rimanda alle considerazioni contenute nel paragrafo 4 *La tripartizione delle fattispecie di responsabilità precontrattuale* e, in particolare, la nota 51.

³⁶ M. CONFORTINI, *Clausole negoziali*, Utet Giuridica, 2017.

³⁷ U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, op. cit., pag. 80.

³⁸ A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, op. cit. pag. 95. Conforme, P. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sez. civile*, V, Torino, 1989, pag. 342.

6. Documenti ancillari alla lettera di intenti: *confidentiality agreements* e *standstill agreements*

Dal dovere di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative, da cui deriva l'obbligo di non recedere ingiustificatamente una volta che si sia ingenerato nella controparte un legittimo affidamento nella conclusione del contratto, affidamento valutato anche sulla base della lettera di intenti, derivano, come già visto, ulteriori obblighi, tra cui quello di informazione. La declinazione di quest'ultimo obbligo è particolarmente rilevante nel corso delle trattative finalizzate all'acquisizione delle partecipazioni societarie, dove si verifica la tensione tra la necessità della parte acquirente di avere a disposizione il più ampio spettro possibile di informazioni al fine di meglio valutare, innanzitutto, se procedere con l'acquisto e, in secondo luogo, a quale prezzo³⁹, e il timore di parte venditrice di fornire informazioni riservate e delicate che la propria controparte potrebbe utilizzare a proprio vantaggio nel caso in cui non si proceda con l'operazione⁴⁰. Inoltre, solo in questa fase manca ancora una fonte contrattuale da cui possa sorgere la responsabilità per uso illecito delle informazioni circolate durante le negoziazioni. Come visto, infatti, possiamo distinguere tra un primo flusso informativo, prodromico al raggiungimento del *signing*, ed uno successivo, finalizzato all'esecuzione del contratto concluso tra le parti, corrispondente al *closing*. Tuttavia, mentre in questo secondo stadio vi è già in essere un contratto fonte di obbligazioni e, di conseguenza, i rapporti tra le parti sono senza ombra di dubbio contrattuali, nella fase antecedente alla stipula del contratto "preliminare" l'unica tutela della parte danneggiata da eventuali comportamenti scorretti in relazione al flusso informativo è rappresentata dall'applicazione dell'art. 1337 cod. civ.

³⁹ Oltre, ovviamente, ad altre questioni tra cui, per prime, le garanzie da farsi rilasciare. Sul tema, F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, pag. 293; L. RENNA, *Note su un tema dibattuto: la vendita di azioni o quote di società e le garanzie dell'alienante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, pag. 365; Aa.Vv. *Aggiornamenti sulla prassi contrattuale internazionale in tema di compravendita di partecipazioni azionarie e rami di azienda: "confidentiality agreements" e presentation and warranties*", in *Diritto del commercio internazionale*, 1994, fasc. 3-4 pag. 809.

⁴⁰ Si pensi, ad esempio, all'elenco dei dipendenti chiave dell'azienda che, una volta individuati, potrebbero essere oggetto di storno da parte dell'acquirente/concorrente del venditore.

Se proviamo a calare il dovere di informazione *ex art.* 1337 cod. civ. nell'ambito delle negoziazioni di operazioni straordinarie, possiamo facilmente individuare alcuni comportamenti che si rivelerebbero contrari a detta previsione normativa: innanzitutto, parte venditrice potrebbe fornire informazioni non corrette, non veritiere o insufficienti con riguardo, più che al bene oggetto di compravendita, rappresentato dalle azioni⁴¹, al bene "indiretto" rappresentato dalla società⁴²; sempre il venditore potrebbe non comunicare al potenziale acquirente di star trattando con più soggetti, lasciandolo nella convinzione di essere l'unico eventuale "candidato", per vedersi superato, quando magari pensava di aver raggiunto un accordo, da un'offerta concorrente migliore per il venditore⁴³; infine, l'acquirente potrebbe "abusare" del diritto, correlato al dovere di controparte, di ricevere da questa informazioni sulla società, ad esempio per apprendere determinate tecniche, strategie o comunque informazioni non di pubblico dominio e utilizzarle a proprio vantaggio senza preoccuparsi di concludere più il contratto, divenuto ormai per lui irrilevante.

Per quanto, come visto, dottrina e giurisprudenza ritengano il dovere di informazione "insito" nel dettato dell'art. 1337 cod. civ.⁴⁴ e, di conseguenza, i comportamenti scorretti sopra citati potrebbero di per sé essere puniti a mente del codice civile⁴⁵, abbiamo già detto come, da un lato, il dettato normativo non risulti sufficiente a soddisfare le esigenze delle parti

⁴¹ È difficile, ma comunque non impossibile, ipotizzare qualche forma di reticenza o simili con riguardo alle azioni, dato la relativa facilità con la quale è possibile verificare la titolarità delle stesse, la presenza di pegni etc., anche in considerazione del profilo dei soggetti generalmente coinvolti in questo ambito, i quali, tra l'altro, nella maggior parte dei casi, si avvarranno di consulenti legali ai quali non sfuggiranno controlli accurati e opportuni rilasci di garanzie.

⁴² Il venditore potrebbe, ad esempio, cercare di non fornire una rappresentazione accurata della situazione economico – finanziaria della società, eventuali contenziosi di ingente valore pendenti, passività latenti con le autorità, clausole di *change of control* previste nei contratti con soggetti finanziatori o clienti di particolare rilievo, autorizzazioni in scadenza etc.

⁴³ In tal caso, di fatto, l'acquirente starebbe partecipando ad un'asta senza saperlo. La legittimità del recesso del venditore a causa di un'offerta migliore non è affatto scontata, e sarà oggetto di analisi più avanti in questo capitolo.

⁴⁴ Un Autore ha precisato come l'uso illecito delle informazioni riservate nell'ambito delle operazioni straordinarie costituirebbe altresì violazione dell'art. 6-bis del R.D. 1127/1939 in materia di rapporti tra imprenditori concorrenti, cfr. A. TINA, *Il contratto*, op. cit. pag. 101, nota 142.

⁴⁵ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto*, op. cit. pag. 21.

interessate⁴⁶, dall'altro, la prassi sviluppata dagli operatori professionali abbia dimostrato come questi si sentano maggiormente tutelati da espresse e chiare assunzioni di obbligazioni mediante la sottoscrizione di specifici accordi. Per quanto concerne gli obblighi informativi, lo strumento sviluppato dalla prassi mercantile per coprire siffatto bisogno è rappresentato dagli accordi di riservatezza o, come vengono più comunemente chiamati, *confidentiality agreements* o, alternativamente, *non disclosure agreement*⁴⁷ (spesso abbreviati con l'acronimo n.d.a.). Con questi accordi le parti si impegnano, da un lato, ad utilizzare le informazioni al solo fine di meglio valutare l'opportunità di addivenire alla conclusione del contratto di acquisizione delle partecipazioni sociali e, dall'altro, a mantenere riservate⁴⁸ le informazioni e i documenti di cui

⁴⁶ Anche in considerazione del concentrarsi, da parte della giurisprudenza, sulle ipotesi di ingiustificato recesso dalle trattative, quasi tralasciando le altre fattispecie contrarie ai dettati dell'art. 1337 cod. civ. Cfr. A. TINA, *Il contratto*, op. cit. pag. 72.

⁴⁷ Per quanto, nella prassi, i due termini vengano utilizzati per indicare la stessa tipologia di accordo, in dottrina vi è chi distingue tra *confidentiality agreements* e *non disclosure agreements*: C. ROSSELLO, *Le clausole di riservatezza e i "non disclosure agreements"*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2014, pag. 697. Secondo l'Autore, inoltre, non sarebbe applicabile ai *non disclosure agreement* la disciplina della responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 cod. civ. in quanto tale accordo si collocherebbe temporalmente in una fase "*addirittura antecedente l'avvio vero e proprio delle trattative, e quindi nel vuoto di un "contatto sociale" qualificato tra le parti*". Non ci sentiamo di concordare con quest'ultima affermazione. Al contrario, il fatto che le parti siano già giunte ad uno stadio tale per cui sentano la necessità di mettere per iscritto una comunanza di intenti è certamente indice di quel "contatto" qualificato in forza del quale nasce una determinata aspettativa nel comportamento della propria controparte, da cui può derivare una specifica condotta dannosa nei confronti di quest'ultima e che in definitiva consente di distinguere la situazione in esame da quella in cui le parti siano dei perfetti sconosciuti.

⁴⁸ Bisogna altresì considerare le (eventuali) responsabilità degli amministratori della società venditrice, i quali sono i veri soggetti che saranno chiamati a fornire le informazioni della *target*. Non va infatti dimenticato che chi negozia è il socio, il quale (seppur a differenti livelli, a seconda che si tratti di società per azioni o società a responsabilità limitata, dove sono più ampi i diritti informativi, anche in considerazione della disposizione dell'art. 2476 cod. civ., non replicata nella disciplina delle s.p.a.) non ha diretto accesso alle informazioni societarie, le quali sono messe a disposizione, per l'appunto, dagli amministratori, che si assumono, di conseguenza, potenziali responsabilità nel caso in cui da tale fatto la società subisca un pregiudizio. Cfr. V. SANGIOVANNI, *Due diligence, trattative*, op. cit. pag. 804 e ss.; *Lettere di intenti*, op. cit. pag. 27; U. TOMBARI, *Problemi in tema di alienazione della partecipazione azionaria e attività di due diligence*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, I, pag. 70; A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, op. cit. pag. 98 e, in particolare, nota 140.

vengano a conoscenza nel corso delle negoziazioni⁴⁹. Per quanto è possibile inserire una tale previsione all'interno della lettera di intenti, poiché tendenzialmente queste sono non vincolanti, al contrario degli accordi di riservatezza, è consigliabile predisporre un documento separato, accompagnato anche da una clausola penale in caso di sua violazione, nonché la determinazione della durata del relativo obbligo⁵⁰. In presenza di un accordo di tal genere, sarà maggiormente evidente la serietà posta nelle trattative dalle parti, e verrà data una forma più “concreta” al precetto di cui all’art. 1337 cod. civ.⁵¹.

Una volta sottoscritto l’accordo di riservatezza, quindi, pur in assenza del contratto “preliminare” di acquisizione della partecipazione sociale vero e proprio, vi sarà comunque una fonte di responsabilità «contrattuale»⁵², superando in tal modo tutti quei dubbi applicativi oggetto di disamina nel I capitolo del presente lavoro in relazione alla natura della responsabilità precontrattuale. Inoltre, non è da sottovalutare come, mediante tale premura, la parte danneggiata supererà quell’ostacolo, accennato in apertura del presente paragrafo con riguardo all’inadeguatezza del profilo risarcitorio connesso all’art. 1337 cod. civ., in quanto si vedrà

⁴⁹ Di solito chi assume tale obbligo si impegna anche nei confronti dei propri dipendenti o collaboratori, mentre sono escluse dall’obbligo di riservatezza quelle informazioni che siano già di pubblico dominio (quali quelle contenute all’interno del registro delle imprese, art. 2188, cod. civ.), o lo diventino per causa non imputabile al destinatario delle stesse, o comunque fossero già note al destinatario. Cfr. C. ROSSELLO, *Le clausole di riservatezza e i “non disclosure agreements”*, *ibidem*. Per i casi in cui si renda necessario divulgare le informazioni a causa di provvedimenti giudiziari o obblighi di legge, o al fine di agire in giudizio, si rimanda a A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, *op. cit.* pag. 106 e ss.

⁵⁰ U. DRAETTA, C. MONESI, *I contratti di acquisizione*, *op. cit.* pag. 81.

⁵¹ Inoltre, bisogna considerare una questione, per lo più dipendente dalla forza contrattuale delle parti, ma anche oggetto di potenziali differenti interpretazioni da parte degli interpreti, con riguardo alla natura e intensità dell’obbligo di riservatezza, distinguendo tra semplice obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato: “*In altri termini, occorre chiedersi se il soggetto vincolato a un impegno di riservatezza debba semplicemente fare del suo meglio [“Best effort”], e sia pertanto obbligato in termini di ordinaria diligenza, oppure se l’obbligo in questione sia più rigoroso e stringente, ed abbia in sostanza natura assoluta e oggettiva, sicché la responsabilità scaturisce indipendentemente dall’imputabilità di una negligenza a carico di chi doveva prendersi cura della “non disclosure”*”; C. ROSSELLO, *Le clausole di riservatezza*, *ibidem*.

⁵² V. SANGIOVANNI, *Due diligence*, *op. cit.* pag. 807; A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, *op. cit.* pag. 108; in ambito americano, D. A. OESTERLE, *The law of mergers and acquisitions*, *op. cit.* pag. 245.

risarcita di qualsiasi danno patito mediante ricorso alla clausola penale, con superamento del limite del solo interesse negativo⁵³.

Oltre alla riservatezza delle informazioni che circolano nella fase delle negoziazioni, un altro tema particolarmente delicato in ambito precontrattuale, sia in generale che nello specifico settore delle operazioni straordinarie, è rappresentato dalla possibilità, per entrambe le parti coinvolte, di intavolare negoziati con una pluralità di soggetti in contemporanea⁵⁴. I due temi sono poi strettamente correlati se si aderisce a quel filone dottrinale che ritiene che la possibilità di intrattenere trattative parallele dipenda dall'aver previamente informato la propria controparte contrattuale⁵⁵.

La soluzione che, nella prassi, è stata sviluppata dagli operatori economici è rappresentata dagli accordi di esclusiva o, nel linguaggio anglosassone, *standstill agreements* (o *lock-out agreements*). In considerazione degli elevati costi che le parti (in particolare, quella acquirente) devono sostenere sin dalle fasi preliminari delle trattative al fine di effettuare le necessarie valutazioni in relazione alla *target*, costituisce prassi diffusa che il potenziale compratore cerchi quanto prima di ottenere un'esclusiva dal venditore, in quanto essa, seppur non garantisca la conclusione della compravendita, certamente aiuta a ridurre le *chances* che le negoziazioni si risolvano in un nulla di fatto. Al contrario, chi è interessato a vendere un bene generalmente preferisce avere le "mani libere" e poter trattare con più controparti, in quanto in tal modo, innanzitutto, aumenterà le possibilità di concludere l'affare, in secondo luogo, potrà cercare di scontare il più alto prezzo possibile⁵⁶. Anche gli accordi in questione sono finalizzati a

⁵³ Resteranno, invece, le difficoltà connesse al calcolo del relativo danno. Cfr. L. G. PICONE, *Contratto di acquisto*, op. cit. pag. 30.

⁵⁴ Per l'analisi dei profili generali di responsabilità precontrattuale nel caso di negoziazioni parallele rimandiamo al capitolo I, paragrafo 10.

⁵⁵ R. SACCO, *Il contratto*, op. cit. II, pag. 250. Altri autori ritengono, invece, che sia possibile condurre trattative parallele anche senza aver previamente informato la propria controparte: L. G. PICONE, *Contratti di acquisto*, op. cit., pag. 30; U. DRAETTA, *La fase negoziale nei contratti internazionali di mergers e acquisitions: rassegna della prassi internazionale*, in C. Scognamiglio, *Compravendite internazionali di partecipazioni societarie*, Milano, Egea, 1990, pag. 17.

⁵⁶ È stato di fatti scientificamente dimostrato come, quando il bene oggetto di compravendita non sia di facile valutazione, ad un maggior numero di *bidders* corrisponde una maggiore possibilità che qualcuno paghi più del dovuto il bene. Si veda *infra*, capitolo III, paragrafo 4.

concretizzare quel dovere di buona fede di cui all'art. 1337 cod. civ. Il contenuto degli accordi di riservatezza è vario: essi possono sia prevedere l'espresso divieto di iniziare o continuare negoziazioni con altri potenziali acquirenti, oppure obbligare il venditore a comunicare al potenziale acquirente qualsiasi offerta o semplicemente contatto relativo alla partecipazione sociale oggetto di trattativa⁵⁷.

Mentre, ovviamente, il concludere il contratto con un soggetto terzo, o anche il solo negoziare con altri acquirenti rappresenta certamente una condotta illecita in presenza di un accordo di esclusiva (che comporterà una responsabilità di natura contrattuale a carico del soggetto che abbia violato l'accordo⁵⁸), in assenza di una tale convenzione, l'eventuale responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 cod. civ.* potrà, alternativamente, o derivare dalla fase in cui detta violazione avviene, e quindi solamente quando le trattative siano ad uno stadio così avanzato da aver ingenerato nella controparte un legittimo affidamento nella conclusione del contratto⁵⁹, oppure, se si aderisce alla scuola di pensiero più "restrittiva", a prescindere dal momento in cui la violazione interviene, ma semplicemente per il fatto di essere stata perpetrata. Un esempio di condotta contraria al canone di buona fede contrattuale, anche in assenza di specifiche protezioni contrattuali, è stato ritenuto il comportamento del venditore che, al fine di ottenere un prezzo di riferimento per far scattare la clausola di prelazione nei confronti di un terzo, faccia intendere al potenziale compratore di essere intenzionato a vendergli la propria partecipazione sociale. Ancora, il comportamento di chi solleciti la negoziazione con un soggetto per poi esercitare pressioni su un acquirente precedentemente individuato al fine di fargli alzare il prezzo di acquisto⁶⁰.

⁵⁷ A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, *op. cit.* pag. 111; U. DRAETTA, *Ancora in tema di documenti precontrattuali: gli standstill agreements*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988, pag. 531.

⁵⁸ G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative*, *op. cit.*, pag. 470; P. CANEPA, *Dichiarazione di intenti*, in *Digesto IV ed.*, Discipline privatistiche, Sez. civ., vol. V, Torino, 1989, 344.

⁵⁹ Chiaramente, non sarà sempre facile tracciare la linea di demarcazione oltre la quale si possa dire insorto l'affidamento sulla successiva conclusione del contratto, che rappresenta quindi una questione di fatto rimessa al libero apprezzamento dei giudici.

⁶⁰ U. DRAETTA, *Documenti precontrattuali nei negoziati relativi a mergers e acquisitions. Rassegna della prassi internazionale*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di Bonelli, De Andrè, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 112.

Per quanto concerne il risarcimento del danno scaturente dalla violazione di un patto di non trattare con altri soggetti, bisogna distinguere tra i casi in cui lo *standstill agreement* contenga (come probabile nella maggior parte dei casi) una clausola penale che già indichi l'ammontare del relativo danno⁶¹, e i casi in cui le parti non si siano premurate di inserire una siffatta previsione. In questo ultimo caso, la violazione di una specifica intesa che impone alle parti precipui obblighi di condotta nell'ambito delle negoziazioni, per quanto esse mantengano pur sempre la libertà di addivenire o meno alla conclusione del contratto, è assimilabile ad un caso di inadempimento per dolo o, quanto meno, per colpa⁶². Di conseguenza, la parte non-inadempiente ha diritto ad essere posta nella medesima situazione in cui si sarebbe trovata se non fosse stata violata l'intesa precontrattuale e, in definitiva, ad essere risarcita dell'interesse positivo⁶³. Questa locuzione, in tale caso, ha portata meramente descrittiva, in quanto, anche in assenza di un inadempimento, la parte non-inadempiente non avrebbe avuto la certezza di concludere il contratto di acquisizione, ben potendo accadere che il termine di esclusiva previsto dallo *standstill agreement* spirasse senza che le parti avessero raggiunto un'intesa riguardo alla compravendita. Con tale intesa precontrattuale, di fatti, le parti si sono unicamente impegnate ad un obbligo di condotta, e non a concludere il contratto. L'ammontare del risarcimento del danno, di conseguenza, non può essere finalizzato a condurre il soggetto danneggiato nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato nel caso in cui il contratto fosse stato concluso, in quanto tale risultato è solamente una possibilità, ma non una certezza. Sembra quindi corretto sostenere che la parte danneggiata avrà diritto ad un risarcimento pari alla quantità di affidamento, concretizzatasi in investimenti effettuati, corrispondente all'aver confidato di essere l'unico soggetto con cui la controparte era in trattativa, investimenti che, in assenza di tale presupposto, non sarebbero stati effettuati e, in conclusione, andranno risarciti⁶⁴. Una parte della dottrina, invece, si è espressa a favore della risarcibilità del danno commisurata alla perdita

⁶¹ Clausola che, con ogni probabilità, conterrà il comune inciso "salva la risarcibilità del danno maggiore". In ogni caso, si rammenta che "La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento" ex art. 1384 cod. civ.

⁶² Non sarebbe infatti possibile sostenere di aver violato una obbligazione di *non facere* in maniera incolpevole, in quanto è necessario porre in essere un'attività di natura positiva. Cfr. G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative*, op. cit., pag. 475.

⁶³ U. DRAETTA, *Documenti precontrattuali*, op. cit., ibidem.

⁶⁴ G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale*, op. cit., ibidem.

di chance, da calcolarsi moltiplicando il potenziale guadagno derivante dalla conclusione del contratto, per la probabilità che quest'ultimo venisse concluso⁶⁵. Come abbiamo visto, tale tesi è stata fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁶.

In chiusura, segnaliamo che almeno nel caso in cui le parti coinvolte nelle trattative siano operatori economici di alto livello ed esperienza, che si avvalgono inoltre della consulenza di *adviros* legali, sembra preferibile aderire al filone dottrinale maggiormente “liberale” che non ravvede alcuna responsabilità a carico della parte che abbia intrattenuto trattative parallele con più controparti. Di fatti, in considerazione della caratura dei soggetti coinvolti, e delle prassi che ormai si sono sviluppate e risultano assai diffuse nel mercato, è possibile ritenere che un potenziale acquirente dotato di un minimo di scaltrezza sarà consapevole del rischio rappresentato dal fatto che la propria controparte possa star trattando la vendita del medesimo bene anche con altri soggetti⁶⁷ e, di conseguenza, farsi rilasciare un'esclusiva⁶⁸. Anche dal punto di vista del risarcimento del danno, lasciare che siano le parti a determinare cosa sia giusto in relazione all'ammontare del risarcimento appare maggiormente efficiente. Non solo le parti avranno una cifra di riferimento in base alla quale parametrare i propri affidamenti e correlati investimenti, ma elimineranno anche le incertezze derivanti dal rimettere tale questione all'apprezzamento dei giudici. Ne consegue che la tutela precontrattuale, almeno con riferimento alla possibilità di intavolare molteplici trattative, sarà rimessa alla forza negoziale dei soggetti coinvolti. D'altronde, il tale tipologia di operazioni, non sussistono quelle esigenze

⁶⁵ F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere*, op. cit., pag. 92.

⁶⁶ Si rimanda alla giurisprudenza citata al capitolo I, paragrafo 9, *Il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale*.

⁶⁷ Significativa al riguardo è l'assenza di giurisprudenza al riguardo, circostanza che può essere interpretata come indice di quanto il farsi rilasciare un'esclusiva nel caso non si voglia competere con altri concorrenti sia una prassi ormai pacificamente accettata, mentre nel caso contrario si sia disposti ad accettare il rischio di vedersi superati da altri.

⁶⁸ Non sembra porre particolari problemi il dettato dell'art. 1379 cod. civ. secondo cui “Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti” in quanto, nella prassi, gli accordi di *standstill* hanno una durata tendenzialmente abbastanza limitata (di solito nel giro di alcune settimane o al più pochi mesi), strettamente necessaria a determinare il prezzo da offrire per l'acquisto, in quanto i venditori sono per lo più restii a vincolarsi per lunghi periodi, per l'ovvia ragione che, nel caso in cui le negoziazioni fallissero, avrebbero perso diverso tempo senza riuscire ad ottenere lo scopo perseguito.

di tutela della parte debole tipiche invece delle relazioni tra, ad esempio, consumatori e professionisti. Eventualmente, questo punto sarà l'unico a dover essere valutato dai giudici, i quali semmai potranno essere chiamati ad effettuare una valutazione di fatto con riguardo ai rapporti di forza esistenti tra le parti in causa, valutazione che appare in ogni caso meno complessa rispetto a quelle che i giudici sarebbero chiamati ad effettuare nel caso in cui dovessero applicare principi e clausole generali anziché rimettersi semplicemente a quanto espressamente accordato tra le parti, e con la consapevolezza che, ove un determinato diritto o obbligo non sia stato previsto per iscritto, significherà che le parti interessate non lo hanno voluto. In definitiva, in tal modo viene garantita una maggior certezza dei rapporti e prevedibilità delle conseguenze derivanti dalle azioni dei soggetti coinvolti.

7. Il recesso dalle trattative nell'ambito delle operazioni straordinarie

Abbiamo visto in precedenza come il caso più diffuso di responsabilità precontrattuale sia rappresentato dalle ipotesi di recesso dalle negoziazioni, tanto che la giurisprudenza è quasi arrivata a far combaciare l'art. 1337 cod. civ. con questa specifica fattispecie. Ovviamente, nel rispetto del principio di libertà negoziale, non ogni recesso dalle trattative risulta illecito. La responsabilità, di fatti *“deve sorgere non dal fatto di rompere le trattative ma dal modo in cui sono rotte, cioè, dalla lesione alla libertà negoziale per comportamenti contro le esigenze di buona fede contrattuale”*⁶⁹. Passiamo ora a vedere come questo caso si articoli all'interno dello specifico angolo di visuale oggetto della presente opera.

La giurisprudenza ha individuato quelli che sono i presupposti della responsabilità precontrattuale in caso di ingiustificato recesso dalle negoziazioni. In particolare, proprio in un caso di cessione di partecipazioni sociali, è stato affermato che:

«Incorre nella responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. e, conseguentemente, nell'obbligo risarcitorio colui che, con il proprio comportamento e con le proprie dichiarazioni propositive, lasci che controparte maturi – in senso oggettivo - una certezza sul buon esito dell'affare e, in uno stadio avanzato delle negoziazioni, rifiuti improvvisamente la conclusione

⁶⁹ V. M. MOYA, *La fase preliminare delle operazioni di fusione e scissione: configurazione giuridica del progetto e responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2009, n. 1, pag.75.

del contratto. Perché possa essere ritenuta integrata la suddetta responsabilità precontrattuale occorre, (i) che tra le parti siano in corso trattative, (ii) che le trattative siano giunte ad uno stadio tale da far sorgere, nella parte che invochi l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, (iii) che la parte alla quale si addebita la responsabilità, interrompa le trattative senza un giustificato motivo, (iv) che, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto»⁷⁰

È possibile tracciare una linea temporale che marca la differenza tra il momento in cui è possibile recedere dalle trattative senza incorrere in alcuna responsabilità, e quello in cui il recesso comporta la violazione dell'affidamento riposto nella controparte nella futura conclusione del contratto. Nel caso di operazioni di acquisizione, questo spartiacque si colloca nella primissima fase delle trattative, ovvero quello che va dall'iniziale incontro (o contatto) tra le parti, e la successiva sottoscrizione del contratto "preliminare" (o *signing*). Come detto, infatti, oltre questo momento le parti, in caso di inadempimento, incorreranno in responsabilità contrattuale⁷¹.

Prima di questo momento, entrambe le parti sono pienamente libere di recedere senza alcuna conseguenza, né risulta necessario alcuna motivazione, nel pieno rispetto del principio della libertà negoziale. D'altronde, in questa fase non sussiste alcun affidamento meritevole di tutela, e ciascuna parte sopporta il rischio che le trattative non vadano a buon fine, senza che ciò comporti un disincentivo a valutare potenziali affari. Le spese fino a questo momento sostenute (incluso il tempo profuso), d'altronde, non paiono tali, da un lato, a fungere quale deterrente, né, dall'altro, a giustificare il loro trasferimento sull'economia della controparte (fatto, questo, che sarebbe invece in grado di inibire ed influenzare negativamente l'atteggiamento degli operatori economici), essendo invece pienamente "controbilanciate" dall'accrescere delle probabilità di concludere un contratto. Nelle parole dei giudici ermellini: *"La mera presenza di trattative non è, infatti, sufficiente ad integrare l'invocata responsabilità"*

⁷⁰ Tribunale Milano, Sez. spec. Impresa, 04 maggio 2017, n. 4927. In termini simili, la già citata Cassazione civile, sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545; Cassazione civile, sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4802; Cassazione civile, sez. lav. 18 giugno 2004, n. 11438.

⁷¹ Cosa possibile anche nella fase preliminare delle negoziazioni nel caso in cui le parti abbiano sottoscritto uno degli accordi sopra menzionati, quali quello di riservatezza.

e la giustificazione del "recesso" dalle trattative diventa necessaria (per escludere la responsabilità precontrattuale) ove preesista il ragionevole affidamento della controparte sulla successiva conclusione del contratto”⁷².

Superato questo momento, al contrario, non sarà più possibile recedere senza andare incontro a responsabilità precontrattuale, a meno che non sussista un giustificato motivo (è il caso della controparte che, ingiustificatamente, cambi in maniera significativa e del tutto inaspettata i termini dell’accordo fino a quel momento raggiunto⁷³), o le parti abbiano espressamente accordato tale possibilità (ad esempio, all’interno della lettera di intenti).

All’interno di questo primo “stadio” negoziale, appare ovvio che le probabilità che una parte incorra in responsabilità precontrattuale diventeranno più ampie mano a mano che ci si avvicinerà al *signing*. Di fatti, “più avanzato è lo stato delle negoziazioni minori saranno i limiti lasciati all’abbandono libero delle stesse e più facile riscontrare un abbandono contrario a buona fede”⁷⁴.

La formazione di quello che sarà il contratto di acquisizione di partecipazione societaria è, tendenzialmente, progressiva, ed avviene mediante lo scambio di bozze tra i legali delle parti involte, che vanno man mano ad affinarsi fino a quando non si raggiunge un accordo definitivo su tutte le clausole del contratto. Il primo scambio di bozza di contratto (o, come viene individuato nella prassi, “*spa*”⁷⁵) avviene quando le parti hanno già compiuto, almeno in parte, l’attività di *due diligence investigation*⁷⁶, e si sono già scambiate (e hanno sottoscritto) le lettere di intenti, gli accordi di riservatezza e, eventualmente, gli accordi di esclusiva. Per quanto

⁷² Cassazione civile, sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4802.

⁷³ In un caso simile, si potrebbe sostenere che a recedere sia stata, in realtà, la parte che ha cambiato in maniera ingiustificata i termini dell’accordo.

⁷⁴ V. M. MOYA, *La fase preliminare delle operazioni*, op. cit., pag. 101.

⁷⁵ Acronimo per *sale and purchase agreement*.

⁷⁶ In materia di due diligence si veda C. F. GIAMPAOLINO, *Ruolo della due diligence e onere di informarsi*, in Aida, 2009, pag. 29; U. TOMBARI, *Problemi in tema di alienazione della partecipazione azionaria e attività di due diligence*, in Banca borsa e titoli di credito, 2008, fasc. 1, pag. 65; A. CAMAGNI, *La due diligence nelle operazioni di acquisizione e valutazione di aziende*, in Rivista dei dottori commercialisti, 2008, fasc. 1, pag. 191; L. BRAGOLI, *La due diligence legale nell’ambito delle operazioni di acquisizione*, in I Contratti, 2007, fasc. 12 pag. 1125.

sarebbe arduo sostenere la vincolatività di queste bozze⁷⁷ (quanto meno, delle prime, che sono generalmente soggette ad abbondanti modifiche, anche in considerazione della tendenza dei legali a scriverle in maniera particolarmente vantaggiosa per il proprio assistito) è prassi diffusa aggiungere la dicitura “bozza” (o *draft*) e specificare che la stessa è ancora soggetta ad ulteriori modifiche e commenti, nonché, spesso, approvazioni da parte dei preposti organi societari⁷⁸. Pertanto, sarebbe possibile sostenere la responsabilità da ingiustificato recesso dalle trattative solamente dopo che le parti abbiano raggiunto un accordo, se non su tutti i punti del contratto, sulla maggioranza degli stessi, a seguito di negoziazioni e scambi di bozze, mentre restano da definire solamente alcuni punti secondari dello *spa*. In questo modo sarebbe soddisfatto il requisito rappresentato dallo “stato avanzato delle trattative”.

Per stato avanzato si intende una “vicinanza oggettiva, secondo un criterio di normalità, delle trattative al perfezionamento dell’accordo”⁷⁹. Abbiamo visto in precedenza come la giurisprudenza prenda in considerazione il raggiungimento di un accordo sugli elementi essenziali del contratto⁸⁰. Calando questo principio nell’ambito delle operazioni di acquisizione di partecipazioni societarie, sarà necessario aver raggiunto un accordo sull’oggetto del contratto (e, quindi, aver precisamente individuato le azioni o quote la cui proprietà verrà trasferita), sul corrispettivo (e i relativi meccanismi di aggiustamento del prezzo), sulle dichiarazioni e garanzie (che risultano di fondamentale importanza in tale tipologia di operazioni), mentre minor rilievo avranno quelle clausole che di solito si limitano a riportare obblighi delle parti che, in realtà, derivano già da disposizioni legislative (le c.d. *general* o *miscellaneous provisions*). Una volta raggiunto un accordo su tali punti, una violazione dell’art. 1337 c.c. potrebbe essere posta in essere nel caso limite in cui una parte non si presenti al giorno fissato per il *signing*. In tal caso, sembra potersi pacificamente ritenere che la stessa dovrà andare incontro a responsabilità precontrattuale, in quanto l’aver raggiunto un accordo sulle clausole

⁷⁷ Anche in considerazione delle difficoltà a cui andrebbe incontro un giudice nel caso in cui cercasse di ricostruire la volontà delle parti sui punti poco chiari o su cui comunque non è ancora stato raggiunto un accordo completo.

⁷⁸ In tal modo si eviterà, almeno parzialmente, che insorga nella propria controparte quell’affidamento nella futura conclusione del contratto che rappresenta uno dei presupposti della responsabilità *ex art.* 1337 cod. civ.

⁷⁹ N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit. pag. 224.

⁸⁰ Si rimanda a Cassazione civile, sez. III, 13 marzo 1996, n. 2057, citata alla nota 10.

del contratto, ed aver addirittura fissato una data per la sottoscrizione dello stesso, sono sicuri indici di uno stadio avanzato dalle trattative dove le parti possono ragionevolmente fare affidamento sulla futura sottoscrizione del contratto. Bisogna purtroppo considerare le peculiarità connesse alla formazione del contratto di acquisizione di partecipazioni societarie sopra menzionate e, in particolare, la scissione che si ha con riguardo alla fase “esecutiva” (individuata col termine *closing*), la quale è di solito posticipata di alcune settimane, al fine di proseguire con determinate verifiche, o ottenere le necessarie autorizzazioni. Pertanto, per poter correttamente verificare la responsabilità in capo alla parte recedente, bisognerà altresì valutare quali fossero le probabilità che nessuna delle condizioni sospensive o, comunque, in grado di incidere sul perfezionarsi della cessione, si verificassero⁸¹.

In negativo, invece, si ritiene che una lunga interruzione delle trattative, nonché la mancata o carente puntuazione delle stesse siano indici del fatto che le parti non abbiano ancora raggiunto quello stato delle negoziazioni tale da ingenerare un ragionevole affidamento nella loro successiva conclusione. In particolare, il secondo dato andrà interpretato in considerazione della complessità del futuro contratto⁸². Mentre la prima delle fattispecie sopra delineata ben potrebbe verificarsi in un caso di acquisizione di partecipazioni societarie (non è infatti atipico che potenziali investitori, inizialmente interessati da un’opportunità, decidano, dopo aver raccolto alcune informazioni ed essersi interfacciati con la propria controparte, che non è il momento opportuno per proseguire con l’operazione, seppur giudicata potenzialmente interessante, oppure preferiscano volgere altrove il loro interesse, soprattutto nel caso di investitori professionali che valutano più possibili progetti in contemporanea), ben più difficile è il caso in cui le parti non si premurino di mettere per iscritto le loro intese, seppur preliminari. Nell’ambito delle operazioni straordinarie, tale lacuna è presente solamente nelle primissime fasi, dove giustamente qualsiasi recesso risulterebbe lecito, in quanto non può essere ancora maturato un qualche affidamento nella conclusione del contratto (e neppure nella prosecuzione delle trattative). Contrariamente, sarebbe eccessivamente disincentivante sostenere la responsabilità di una parte solamente per aver effettuato il primissimo passo nei confronti di controparte e di una del tutto ipotetica operazione, responsabilità che, se imposta, comporterebbe un totale stallo del mercato, in quanto nessuno sarebbe più disposto a valutare

⁸¹ Si pensi al caso di un’operazione di acquisizione soggetta alla previa autorizzazione di una qualche autorità, nazionale o sovra-nazionale, quale la Banca d’Italia, o l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

⁸² N. SAPONE, *La responsabilità*, op. cit. pag. 228.

opportunità di investimento per il timore di vedersi vincolato anche solo per aver effettuato preliminari operazioni di valutazione. È ben più probabile che le parti interessate da tale tipologia di operazioni si premurino, prima o poi, di mettere per iscritto almeno una parte delle intese raggiunte, mediante la sottoscrizione di una lettera di intenti (o altra documentazione sopra analizzata). Se, da un lato, la presenza di tali accordi indica che le parti si stanno muovendo verso il raggiungimento di un accordo, dall'altro però, nella maggior parte dei casi, questi stessi documenti escludono qualsivoglia tipologia di responsabilità delle parti in caso di mancato raggiungimento di un accordo, in quanto nella maggior parte dei casi le parti si premurano di specificare la non vincolatività delle lettere di intenti⁸³. Ciò, ovviamente, non vale a giustificare comportamenti contrari a buona fede, e bisognerà fare estrema attenzione alle parole utilizzate dalle parti per capire l'effettiva portata e significato delle intese al riguardo.

Come detto, invece, l'aver redatto, anche in bozza, il contratto, e aver fissato una data per la sua sottoscrizione, sono al contrario fattori che dimostrano l'avanzamento dei negoziati. Questi principi sono stati fatti propri anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha in un caso affermato che *“Il recesso dalle trattative (...) integra fattispecie tipica riconducibile al disposto di cui all'art. 1337 c.c. a condizione che: a) vi sia stato l'affidamento legittimo della parte venditrice nella conclusione del contratto (nella specie fondato sul lungo lasso di tempo attraverso il quale si era articolata la fase preliminare, il coinvolgimento di diversi professionisti, la redazione di svariate bozze di preliminare, financo alla fissazione di un incontro per la stipula del preliminare); b) il recesso sia ingiustificato e c) a quest'ultimo sia conseguito un danno (spese sostenute, perdita di occasioni di concludere altro contratto, ecc.)”*⁸⁴. Per quanto, nei casi che a noi interessano, la semplice bozza contrattuale non può essere ritenuta un sicuro indice di comunanza di intenti, in considerazione della lunghezza delle trattative che caratterizzano il formarsi dei contratti di acquisizione, soggetti a molteplici e significativi cambiamenti, la fissazione della data del *signing* rappresenta un indice di come le parti abbiano oramai raggiunto un accordo, se non su tutti, quantomeno sugli elementi essenziali del contratto, e confidino a tal punto nella sua sottoscrizione, da sentirsi abbastanza

⁸³ È necessario quindi distinguere tra stato avanzato delle trattative e affidamento nella conclusione delle stesse. Anche in uno stato avanzato, infatti, è possibile escludere l'affidamento mediante appositi documenti o dichiarazioni. In tal senso, N. SAPONE, *La responsabilità*, op. cit. pag. 234.

⁸⁴ Tribunale di Bari, 19 aprile 2004.

sicuri da fissarne la relativa data (il che implica avvertire i propri legali, i quali dovranno essere presenti al *signing*, nonché altri consulenti).

La giurisprudenza, inoltre, non pare essere ancora giunta ad un'opinione uniforme in merito alla rilevanza della durata delle trattative. Se, da un lato, è stato affermato che “*Agli effetti della configurabilità della responsabilità precontrattuale per interruzione delle trattative, a norma dell'art. 1337 c.c., non rileva, in contrario, l'eventuale breve durata od il numero minimo degli incontri intervenuti tra le parti, ove la detta interruzione ad opera di una delle parti, risulti comunque priva di ogni ragione giustificativa e tale perciò da sacrificare il legittimo affidamento che la controparte poteva aver fatto sulla conclusione del contratto*”⁸⁵, secondo una risalente pronuncia delle Sezioni Unite, la responsabilità per *culpa in contrahendo* andrà valutata avuto riguardo “*al modo, alla durata ed allo stato*”⁸⁶ delle negoziazioni. In ogni caso, si rileva che, nei casi di operazioni straordinarie, appare difficile ipotizzare negoziazioni che si sviluppino lungo un breve lasso temporale, date le problematichità connesse alle valutazioni necessarie in questi casi. Inoltre, minore il tempo delle trattative, minore la possibilità di incorrere in spese rilevanti e lasciare andare altre profittevoli opportunità.

Nel caso in cui sia possibile sostenere una responsabilità *ex art. 1337 cod. civ.*, la parte inadempiente ai propri obblighi sarà tenuta a risarcire controparte non solo del danno emergente, rappresentato da tutte le spese sostenute fino a quel momento (in particolare, le spese relative alle attività di consulenza per la negoziazione dell'accordo, eventuali spese di viaggio etc.) ma, secondo la giurisprudenza riportata al capitolo I, anche il lucro cessante, rappresentato da altri negoziati a cui la parte abbia rinunciato per perseguire quella specifica trattativa⁸⁷. Ciò varrà sia per l'acquirente che per il venditore. Di fatti, quest'ultimo, confidando nella futura sottoscrizione del contratto, potrebbe aver abbandonato altre trattative con differenti potenziali acquirenti, mentre, al contrario, il potenziale acquirente potrebbe aver

⁸⁵ Cassazione civile, sez. II, 12 novembre 1986, n. 6629, in *Giustizia civile, massimario*, 1986, fascicolo 11.

⁸⁶ Cassazione civile, sez. un., 09 maggio 1983, n. 3152, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, pag. 863.

⁸⁷ Si sottolinea come anche se il risarcimento del danno fosse limitato all'interesse negativo, nelle ipotesi di operazioni straordinarie le spese sostenute dalle parti nella fase preliminare delle trattative (il danno emergente) potrebbe raggiungere somme molto alte, a causa delle parcelle dei vari *advisors* coinvolti nella valutazione dell'operazione.

trascurato altre opportunità di investimento⁸⁸. Nel caso in cui il venditore abbia abbandonato altre negoziazioni (magari, in forza di un accordo di esclusiva concesso alla propria controparte) il relativo danno potrà essere calcolato sulla base del prezzo che il venditore avrebbe potuto ottenere continuando a perseguire l'opportunità lasciata andare⁸⁹. Nel caso in cui la parte danneggiata sia, invece, l'acquirente, il calcolo del danno subito in relazione ad altre opportunità lasciate andare sarà più complesso. Potrebbe, eventualmente farsi ricorso alle condizioni a cui la transazione non perseguita sia stata poi finalizzata da un altro soggetto, e cercare di verificare i margini di guadagno che sono stati ottenuti da quest'ultimo grazie a tale acquisto, ma il relativo calcolo non sarà certamente agevole, in quanto bisognerà inevitabilmente tenere in considerazione anche dati meramente probabilistici. È quindi ben possibile che il giudice proceda alla liquidazione del danno in via equitativa *ex art. 1226 cod. civ.*

8. *Un caso pratico: la decisione del Tribunale di Milano in una controversia in tema di acquisizione di partecipazioni societarie*

Passiamo ora ad analizzare un caso⁹⁰ che ci permette di osservare come i concetti e le regole sopra analizzate sono state interpretate dai giudici meneghini chiamati a risolvere una controversia in tema di *culpa in contrahendo* derivante dall'interruzione delle trattative finalizzate all'acquisizione di una partecipazione societaria.

Nel caso specifico, un soggetto investitore intavolava delle trattative con i soci di una società per azioni, interessati a cedere una parte delle relative partecipazioni nella *target*. Nel corso delle trattative, le parti venditrici, oltre a confermare la propria intenzione con riferimento alla cessione di parte delle loro azioni, si dimostravano altresì disponibili a rivedere la *governance* della società, dato sicuramente significativo della serietà con cui i venditori stavano

⁸⁸ Il tema è, quindi, intrinsecamente connesso con la possibilità di intavolare trattative parallele, sul quale rimandiamo al precedente paragrafo.

⁸⁹ In tal caso risulteranno assai utili eventuali documenti già scambiati tra le parti in cui si faceva riferimento a possibili range di prezzo per l'acquisizione della partecipazione societaria, quali le lettere di intenti o una prima bozza di *spa*.

⁹⁰ Ci riferiamo alla sentenza del Tribunale Milano, Sez. spec. Impresa, 04 maggio 2017, n. 4927.

affrontando le negoziazioni, nonché della possibilità che queste sfociassero nella conclusione di un contratto. Di fatti, col proseguire ed intensificarsi delle trattative, le parti dapprima sottoscrivevano un accordo di riservatezza (nel maggio del 2013), poi una lettera di intenti avente ad oggetto il «possibile investimento» nella *target*, sottoscritta, nell'ottobre dello stesso anno (quindi, dopo ben quattro mesi) da tutte le parti coinvolte, in contemporanea con lo svolgersi delle attività di *due diligence*, attività che richiedeva ben tre mesi, terminata solamente nel dicembre dello stesso anno. Le parti procedevano quindi a scambiarsi delle bozze di contratto di acquisizione relativo alle partecipazioni societarie dei venditori nella *target*. Non solo. Venivano anche scambiate delle bozze relative al nuovo statuto sociale e, soprattutto, un accordo parasociale, volto a disciplinare le rispettive partecipazioni nella società, in considerazione del nuovo azionariato che andava configurandosi. Tale documentazione veniva scambiata plurime volte tra le parti al fine di addivenire ad una versione delle stesse condivisa, fino alla condivisione della versione c.d. *execution*, ovvero la versione finale, pronta per essere sottoscritta nella data accordata. Il giorno corrispondente alla data fissata per la sottoscrizione del contratto, tuttavia, i venditori dichiaravano di non voler proseguire con la stipula del contratto di cessione, offrendo invece una nuova proposta di accordo. Il potenziale acquirente conveniva quindi in giudizio i venditori, chiedendo il risarcimento di tutti i danni subiti a titolo di responsabilità precontrattuale dei convenuti, a causa del loro recesso ingiustificato dalle trattative, contrario a buona fede.

I giudici accoglievano la domanda, affermando la *culpa in contrahendo* dei venditori, secondo una precisa analisi degli elementi di fatto del caso di specie, molti dei quali abbiamo già analizzato nel corso della presente opera.

Innanzitutto, i giudici ricordano quali siano i requisiti della responsabilità *ex art. 1337* cod. civ. ovvero: (i) che siano in corso delle trattative; (ii) che queste ultime abbiano raggiunto uno stato tale da ingenerare un ragionevole affidamento nella loro conclusione; (iii) che la parte “inadempiente” le interrompa senza giusto motivo; (iv) che siano assenti fatti idonei a far venire meno il ragionevole affidamento di cui al punto (ii). Inoltre, viene fatto presente come la responsabilità precontrattuale derivi dalla “*violazione dell'obbligo di lealtà reciproca, il quale comporta innanzitutto un dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto*”. Nel caso esaminato dai giudici milanesi, tutti i sopra citati requisiti sono stati ritenuti soddisfatti.

Innanzitutto, viene dato rilievo al dato temporale lungo il quale si sono svolte le trattative. Il lasso di tempo in considerazione (da maggio a dicembre) è sicuramente significativo dell'intenzione delle parti e, in particolare, di quella acquirente, che aveva affrontato significative spese per lo svolgimento di tutte le attività sopra elencate (consulenti legali per la redazione degli accordi e lo svolgimento dell'attività di *due diligence*, consulenti finanziari per la valutazione dell'opportunità di investimento ed il calcolo del rispettivo ritorno etc.).

In secondo luogo, viene considerata la presenza di elementi tali da giustificare l'affidamento riposto dall'acquirente nella futura sottoscrizione del contratto: oltre al tenore letterale delle bozze contrattuali, a seguito degli scambi intercorsi, anche alcune dichiarazioni dei venditori, sia allo stesso acquirente, che nei confronti dei soci della *target*⁹¹. Un altro elemento "affidante" viene considerato il comportamento degli organi sociali della *target*, conformi a quanto accordato con l'acquirente⁹². Dall'altro lato, mancano elementi idonei a negare un siffatto affidamento. Esempi di fatti idonei in tal senso sarebbero stati il comunicare la propria riserva con riguardo alla successiva sottoscrizione del contratto, o i propri rilievi con riferimento alle bozze contrattuali circolate o alla eccessiva vicinanza della data fissata per il *signing*. In sostanza, un dovere di informativa circa le proprie reali intenzioni, scaturente dall'art. 1337 cod. civ. Al riguardo, con riferimento all'elemento soggettivo della parte recedente, i giudici affermano che "*non è necessario un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che senza giusto motivo ha interrotto le trattative*".

Con riferimento al danno risarcibile, i giudici si allineano con l'orientamento ormai conforme, condannando i convenuti al ristoro dell'interesse negativo. Quest'ultimo, nella parte corrispondente al danno emergente, comprende il risarcimento delle spese relative ad un contratto di consulenza dell'acquirente, seppur tale contratto avesse carattere continuativo, e non fosse riferito specificamente a quella specifica opportunità di investimento, nonché le spese relative alla retribuzione del personale interno dell'acquirente, che anch'esse sarebbero in ogni caso state sostenute, ma il cui risarcimento viene giustificato dalla perdita di chance provocata

⁹¹ L'esteriorizzazione delle trattative è stata, infatti, ritenuta quale indice dello stato avanzato delle trattative, secondo Tribunale di Catania, 26 febbraio 1971, in *Giurisprudenza italiana*, 1972, I, 2, pag. 382.

⁹² È di fatti tipico nei casi di ingresso nel capitale sociale che il nuovo socio modifichi la *governance* societaria, *in primis* mediante la nomina di un nuovo consiglio di amministrazione.

e, quindi, per il fatto che tali costi sarebbero potuti essere sostenuti per perseguire altre opportunità di investimento. Vengono inoltre ricomprese le spese specificatamente affrontate per le trattative (quali quelle relative alla consulenza legale per l'attività di *due diligence* e la redazione delle bozze contrattuali). Più interessante risulta la sentenza con riguardo alla quantificazione del lucro cessante. Quest'ultimo viene determinato in via equitativa, in base alla considerazione che il danno da perdita di altre occasioni di stipulazione contrattuale possa essere individuato in una somma corrispondente a una quota dei costi fissi che sarebbero stati verosimilmente impiegati per valutare altre opportunità.

CAPITOLO II

Parte I

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELL'ESPERIENZA DEI PAESI DI COMMON LAW – STATI UNITI

Sommario 1. L'esperienza statunitense. La nozione di contratto – 2. La *precontractual liability* nel diritto americano – 3. L'obbligo pattizio di *good faith and fair dealing* – 4. La responsabilità precontrattuale nell'ambito delle operazioni straordinarie. Il ruolo della lettera di intenti

1. L'esperienza statunitense. La nozione di contratto

Come già accennato, l'approccio dei paesi di *common law* al tema della responsabilità precontrattuale risulta distante da quello dei paesi di *civil law*. In particolare, soprattutto l'ordinamento Inglese risulta tutt'ora incline verso una posizione più restrittiva nei confronti della *culpa in contrahendo*, in generale, e del principio di buona fede, in particolare. Nell'esperienza statunitense, invece, è possibile notare negli ultimi un approccio più "aperto" ed incline a riconoscere, in determinate circostanze, una responsabilità assimilabile a quella derivante, all'interno del nostro ordinamento, dall'applicazione dell'art. 1337 cod. civ. per quanto la posizione americana continui ad essere ben distinta da quella nostrana.

Al fine di poter meglio cogliere le ragioni di tale differenza di vedute, è utile cominciare delineando brevemente i tratti essenziali del significato di quello che, *under US law*, viene definito quale «*contract*». Ciò, infatti, ci permette di comprendere meglio le differenze che incorrono tra gli ordinamenti in esame. Per l'appunto, è possibile notare un differente approccio tra la definizione di contratto e quella di *contract*. Mentre, da noi, il contratto è "*l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*" (art. 1321 cod. civ.) e, quindi, l'incontro di due volontà vertente su di un rapporto patrimoniale¹, nel *common law* il *contract* è uno scambio, a cui una parte consente a fronte del vantaggio (o *consideration*) che riceverà dal promissario (che potrebbe anche consistere in un

¹ R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, op. cit., pag. 58.

sacrificio di quest'ultimo). Usando le parole del *Restatement Second*, il *contract* è una promessa che è *enforceable* secondo la legge (o, in ogni caso, riconosciuta in qualche modo) in quanto ad essa è collegata un *exchange*². In assenza di una *consideration*, infatti, le corti americane sono state “*unwilling to enforce a promise unless the promisee has given the promisor something in return for it*”³. Emerge già da questa prima analisi la centralità dello scambio⁴ quale elemento caratterizzante il *contract*. Una semplice promessa di *facere*, a fronte della quale il promissario non abbia offerto nulla in cambio, non potrà pertanto essere azionata e non avrà alcuna conseguenza legale. Gli altri elementi caratterizzanti il contratto sono rappresentati dall'assenso ad essere obbligato (*intention to be bound* o *intention to create legal relations*) e dalla determinatezza. Il requisito della *definiteness* discende dalla natura rimediale⁵ del *common law*, incentrata sul risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento contrattuale. In assenza della *definiteness* non sarebbe possibile calcolare il danno da risarcire al fine di mettere il promissario nella posizione in cui si sarebbe trovato se la promessa fosse stata mantenuta (cosiddetti *expectation interests*, contrapposti ai *reliance interests*, assimilabili, seppur in maniera non del tutto corretta, al nostro binomio interessi negativi – positivi)⁶. Il requisito dell'*assent*, invece, promana dal fatto che divenire responsabili contrattualmente richiede il consenso del soggetto che si obbliga. Il consenso, ovviamente, deve essere bilaterale e, quindi, provenire da entrambe le parti (*mutuality*⁷).

² Il *Restatement Second of Contracts* § 1 definisce il contratto come una “*promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*”, e la *promise* quale § 2(1) “*a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made*”.

³ “riluttanti a far rispettare una promessa a meno che il promissario abbia dato al promittente qualcosa in cambio per quest'ultima”, si veda E. ALLAN FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed. Aspen publishers, New York, 2004, pag. 3.

⁴ Scambio che rappresenta la base del sistema economico secondo il filosofo ed economista scozzese Adam Smith nella celebre opera *An inquiry into the nature and causes of the wealth of the nation*, William Strahan, Thomas Cadell, 1776.

⁵ Si veda P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Dosgorgement v. punitive damages*, Cacucci editore, 2012, pag. 129; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2004, pag. 8.

⁶ Cfr. E. ALLAN FARNSWORTH, *Contract*, op. cit. pag. 108.

⁷ “*unless both are bound, neither is bound*”; cfr. E. ALLAN FARNSWORTH, *Contract*, op. cit. pag. 109.

Il modo attraverso il quale le promesse dei paciscenti sono esteriorizzate, cessando di essere mere riserve mentali, è quello dell'offerta e accettazione. L'offerta, di fatti, altro non è che una promessa da parte di un soggetto che possiede l'*intention to be bound*, alla quale fa seguito un'accettazione, che altro non è che una manifestazione di consenso a quella promessa⁸. Nel momento in cui si ha offerta ed accettazione, si ha un contratto⁹. È quindi possibile tracciare una linea di demarcazione tra quando le parti non sono contrattualmente vincolate a quando, avendo effettuato una promessa, diventano *contractually bound*. Solo da questo momento, insorge in capo alle stesse la responsabilità (contrattuale). Prima, entrambe le parti sono libere di recedere dalle trattative e, in particolare, il promittente è libero di revocare l'offerta in qualsiasi momento prima che giunga l'accettazione del promissario¹⁰.

Il consenso, o *assent*, risulta centrale nella formazione di un contratto, sia in relazione alla volontà o meno di vincolarsi, sia con riguardo ai termini di tale vincolo e, quindi, al contenuto del contratto. Così come una parte è libera di effettuare un'offerta come più la aggrada, l'altra è libera di accettarla o meno. È questo il principio della *freedom to contract*, a cui, in negativo, fa da contraltare il principio della *freedom not to contract*, già accennato, secondo cui le parti sono libere di decidere se vincolarsi o meno, se accettare o non accettare, e se ritirare la propria offerta. Ne deriva una forte aleatorietà della fase precedente la conclusione del contratto e, di conseguenza, l'irrelevanza di ciò che accade nella fase delle negoziazioni, a causa della possibilità che queste vengano interrotte in qualsiasi momento. Conseguentemente, le corti americane non hanno generalmente imposto sulle parti, in tale fase, responsabilità precontrattuali, essendo queste ultime consapevoli che un eventuale affidamento non è dotato di rilevanza giuridica e, quindi, meritevole di tutela. Ciò anche per la paura che, nel caso contrario in cui le parti siano vincolate da doveri di comportarsi in un determinato modo durante

⁸ "it is common to analyse the process in terms of two distinct steps: first, a manifestation of assent that is called an offer, made by one party (the offeror) to another (the offeree); and second, a manifestation of assent in response that is called an acceptance, made by the offeree to the offeror"; cfr. E. ALLAN FARNSWORTH, *Contracts*, op. cit. pag. 110.

⁹ "According to orthodox contract doctrine, neither party to a contractual negotiation is bound until an offer has been accepted and a contract has been formed"; cfr. E. ALLAN FARNSWORTH, W. F. YOUNG, C. SANGER, *Contracts, cases and materials*, 6th ed., Foundation Press, New York, 2001, pag. 223.

¹⁰ Affinché un'offerta sia revocabile, è necessaria una *consideration* e, quindi, o un vantaggio per il promittente, o un sacrificio da parte del promissario.

le negoziazioni antecedenti la conclusione del contratto, si avrebbe avuto un *chilling effect* che avrebbe disincentivato le parti per timore di incorrere in responsabilità non previste e non volute. Siamo quindi abbastanza distanti dal pensiero nostrano secondo il quale, semmai, il fatto che si possa andare esenti da qualsiasi responsabilità durante la fase delle trattative costituirebbe un disincentivo per i consociati onesti, che rischierebbero di venire danneggiati da condotte illecite, ma impunte, della propria controparte, perché effettuate in assenza di un vincolo contrattuale tra di esse.

Lo scenario muta notevolmente una volta che, invece, tra le parti sia stato concluso un contratto. In questo caso, infatti, la parte che si sia vista danneggiata da comportamenti illeciti tenuti dalla propria controparte nel corso delle negoziazioni prodromiche alla conclusione del contratto, ha a disposizione i rimedi di natura contrattuale per tutelare i propri interessi, quali la *duress*, l'*undue influence*, la *misrepresentation* e la *unconscionability*. Una volta che tra le parti sia in vigore un contratto, inoltre, l'ordinamento statunitense riconosce il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede (*duty of good faith and fair dealing*). Di fatti, il *Restatement (Second) of Contracts* § 205 prevede che “*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*”¹¹. Parimenti, lo *Uniform Commercial Code article 1 - general provisions (2001) part 3. territorial applicability and general rules* § 1-304. *Obligation of Good Faith* stabilisce che: “*Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement*”¹². Tuttavia, simili previsioni mancano completamente con riferimento alla fase antecedente la conclusione del contratto¹³. La regola generale, in questa fase, è che “*a party to*

¹¹ Inoltre, il *Comment d* aggiunge: “*Good faith performance. Subterfuges and evasions violate the obligation of good faith in performance even though the actor believes his conduct to be justified. But the obligation goes further: bad faith may be overt or may consist of inaction, and fair dealing may require more than honesty. A complete catalogue of types of bad faith is impossible, but the following types are among those which have been recognized in judicial decisions: evasion of the spirit of the bargain, lack of diligence and slacking off, willful rendering of imperfect performance, abuse of a power to specify terms, and interference with or failure to cooperate in the other party's performance*”.

¹² Inoltre, viene fornita una definizione di *good faith* alla § 1- 201(b) (20) quale “*honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*”.

¹³ *Although a duty of fair dealing is now generally imposed on the parties to a contract, that duty is not formulated so as to extend to precontractual negotiations*”, E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability*

*precontractual negotiations may break them off without liability at any time and for any reason – a change of heart, a change of circumstances, a better deal – or for no reason at all. The only cost of doing so is the loss of that party's own investment in the negotiations in terms of time, effort and expense*¹⁴. L'unica protezione a disposizione di una parte nella fase delle negoziazioni, di conseguenza, secondo lo schema classico di formazione del contratto mediante offerta e accettazione, consiste nel poter accettare l'offerta prima che questa venga revocata. Contrariamente, nel caso in cui preferisca fare affidamento sulla promessa di controparte, dovrà sopportare il rischio che questa venga meno in qualsiasi momento prima della sua accettazione e, di conseguenza, dovrà farsi carico di tutti i costi antecedenti la conclusione del contratto, che pertanto non potranno essere addossati a controparte. In breve, non vi è tutela per i *reliance interests*, se non quella che la parte stessa può conferire loro con il proprio comportamento.

La fase delle trattative, di conseguenza, è caratterizzata da una forte aleatorietà, non così distante da quella che caratterizza il gioco d'azzardo, dove chi scommette da un lato può accaparrarsi i guadagni derivanti dalla vincita, ma fino a quel momento dovrà sopportare in via esclusiva le perdite per poter giocare¹⁵. Sono ben rare le eccezioni a questo approccio nel mondo americano. Uno di questi casi è rappresentato dalla disciplina dei contratti collettivi nazionali del lavoro, disciplinati dalla *federal law*. In particolare, il *National Labor Relations Act*, 29 U.S.C. alla § 158 (d) impone ai datori di lavoro ed ai lavoratori facenti parti di un sindacato di intraprendere le trattative collettive in buona fede¹⁶. Un'altra eccezione, questa volta di matrice giurisprudenziale, è riscontrabile nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione. Il

and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations, in *Columbia Law Review*, 217 (1984), pag. 221.

¹⁴ E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements*, *ivi*.

¹⁵ Secondo le parole del giudice Barry nel caso *William Lacey (Hounslow) Limited v Davis [1957] 1 WLR 932* in relazione al possibile recupero delle spese sostenute per aggiudicarsi un contratto di appalto, l'appaltatore deluso “*undertakes this work as a gamble, and its cost is part of the overhead expenses of his business which he hopes will be met out of the profits of such contracts as are made*”.

¹⁶ “*Obligation to bargain collectively: For the purposes of this section, to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement, or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party, but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession*”.

riferimento è al *caso Heyer Products Co. v. United States* 140 F. Supp. 409 (Ct. Cl. 1956), dove i giudici affermarono che il governo è gravato dall'obbligo di prendere in considerazione tutte le offerte che riceva per l'aggiudicazione di un contratto, pena il dover rimborsare le spese sostenute per effettuare l'offerta (e non, tuttavia, quelle relative ai *lost profits*, in questo differenziandosi da quella giurisprudenza amministrativa nostrana che, come visto al capitolo I, si è spinta fino ad affermare la responsabilità del committente pubblico con riguardo alla perdita di *chances* e al risarcimento del relativo interesse positivo). Infine, doveri di comportarsi secondo buona fede ed in modo da non arrecare danno alla propria controparte caratterizzano i contratti, non relativi alle trattative d'affari, ma caratterizzati da una relazione di natura fiduciaria tra le parti, che impone alle parti di agire secondo il canone dell'*uberrimae fides* o *utmost good faith*¹⁷.

2. La precontractual liability nel diritto americano

Abbiamo visto come il tradizionale meccanismo di formazione di un contratto sia quello di una *offer* e di una *acceptance*. Tuttavia, mentre esso può andare bene per le transazioni più semplici, in cui la formazione del contratto è immediata, mal si presta ad essere applicato alle fattispecie più complesse, caratterizzate da lunghe negoziazioni prima che si possa giungere ad un contratto, e dove non sempre è possibile individuare un'offerta ed un'accettazione, intese in senso tradizionale. Piuttosto, le parti giungono ad un contratto mediante un procedimento graduale, durante il quale le parti si scambiano diverse bozze del contratto, che vengono mano a mano perfezionate secondo i propri *desiderata* fino a raggiungere una versione che corrisponde agli intenti di entrambe le parti coinvolte, sottoscritta al *closing*¹⁸. Quando il contratto viene concluso, è chiaro che le parti hanno dato il loro consenso e intendono creare delle *legal relations*, ed eventuali responsabilità saranno regolate dai rimedi contrattuali. Ma nel caso in cui ciò non avvenga, l'approccio tradizionale statunitense offriva, come visto, ben

¹⁷ È il caso, ad esempio, dei rapporti che si instaurano tra avvocato e cliente, tra *trustee* e *beneficiary*, o tra tutore e incapace.

¹⁸ Ciò è particolarmente vero proprio nell'ambito delle operazioni straordinarie di fusione e acquisizione. In generale, si veda R. B. SCHLESINGER, P. G. BONASSIES, *Formation of contracts: a study of the common core of legal systems*, Oceana Publications, 1968, pag. 1585.

poche protezioni¹⁹. Ciò con il passare del tempo e l'espandersi dell'importanza rivestita dal contratto nel mondo degli affari ha iniziato a creare non pochi problemi e relative domande, a cui la dottrina tradizionale faceva fatica a rispondere²⁰. Così, nella dottrina, inizia a diffondersi l'importanza dei rapporti sussistenti tra operatori economici, i quali vanno oltre al singolo contratto, e sono caratterizzati dalla durevolezza delle relazioni lungo un arco temporale spesso significativo, rapporti che quindi risultano difficilmente sussumibili sotto lo schema "immediato" e "momentaneo" dell'offerta e accettazione²¹. Inoltre, quest'ultimo schema mal si concilia con le aspettative che insorgono in capo alle parti quando le trattative finalizzate alla conclusione di un contratto si prolunghino nel di tempo, problema che ovviamente è assente in caso di offerta e accettazione simultanee²².

Per quanto concerne il formante legislativo, le problematiche connesse alla *culpa in contrahendo* iniziano a destare qualche interesse anche in sede di redazione di opere di codificazione, quanto meno nell'ambito del diritto commerciale (probabilmente l'unico settore che ha avuto l'importanza e la forza di introdurre queste discussioni). In sede di prima stesura dello *Uniform Commercial Code*²³, di fatti, veniva fatto un *discrimen* tra *good faith* in senso oggettivo e soggettivo richiedibile dagli operatori economici interessati dal codice²⁴. La prima

¹⁹ Ciò risulta alquanto particolare se si considera che tale *modus* di formazione del contratto è tipico proprio dell'esperienza anglosassone, che ha introdotto la struttura *due diligence – signing – closing*.

²⁰ "May a disappointed party have a claim against the other party for having failed to conform to a standard of fair dealing? If so, what is the meaning of fair dealing in this context? And may the disappointed party get restitution?"; E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability*, op. cit. pag. 219.

²¹ K. LLEEWELLYN, *Our case law of offer and acceptance*, II, 48, in *Yale Law Journal*, 779 (1939), 790.

²² Il riferimento è a A. CORBIN, *Offer and acceptance, and some of the resulting legal relations*, 26, in *Yale Law Journal*, (1917) 169.

²³ Come noto, lo *Uniform Commercial Code* è una legge modello in materia di diritto commerciale, redatto per la prima volta nel 1952, finalizzato a standardizzare e uniformare le *business laws* tra i vari stati, alla cui decisione è rimessa la sua adozione. A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3 ed., Utet Giuridica, 2008, pag. 214.

²⁴ Il merito di tale dibattito è da attribuire all'influenza esercitata dal modello tedesco. F. KESSLER, E. FINE, *Culpa in contrahendo*, op. cit., pag. 401; R. S. SUMMERS, "Good Faith" in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, in *Virginia Law Review*, vol. 54, no. 2, pag. 207. Nella dottrina italiana, si è affermato che "Appare, pertanto, corretto affermare che la *good faith* Americana deriva la propria origine dal principio della *Treu und Glauben* tedesca", L. M., FRANCIOSI, *Trattative e due*

comportava l'obbligo per questi ultimi di conformarsi alle prassi commerciali comunemente accettate e imperniate sul principio di *reasonableness*, la seconda, invece, richiamava il principio dell'"onestà di fatto"²⁵. Tuttavia, per il timore che simili previsioni potessero impattare negativamente le prassi delle negoziazioni commerciali, il testo definitivo del 1952 non riprese una simile distinzione, limitandosi a richiamare il principio di buona fede soggettiva, già noto all'esperienza di *common law*, ma tacendo, invece, sulla buona fede oggettiva. Ancora oggi, come visto, nello *Uniform Commercial Code* manca totalmente alcun richiamo al principio di buona fede²⁶ nell'ambito delle negoziazioni²⁷ per quanto siano stati aggiunti diversi articoli che si riferiscono al principio di buona fede in senso oggettivo²⁸. La cosa non è andata esente da critiche²⁹, ma appare comunque predominante la ritrosia nei confronti dell'introduzione di principi generici di difficile enucleazione e specificazione, attività che richiedeva a sua volta il richiamo ad ulteriori principi indefiniti, quali il *fair dealing* e la *reasonableness*, soggetta inoltre in maniera eccessivamente vasta all'attività ermeneutica dei giudici³⁰. Degna di nota appare la posizione assunta da parte della dottrina statunitense, la

diligence, *op. cit.*, pag. 110, alla cui opera si rimanda per una dettagliata analisi del principio di buona fede nello *Uniform Commercial Code*.

²⁵ Sul punto si veda in maniera più ampia D. CARUSO, *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*, Giuffrè, 1993, pag. 17.

²⁶ Per un'analisi del concetto di buona fede nei due principali ordinamenti di *common law*, si veda l'opera di C. PERRY, *Good faith in english and us contract law: divergent theories, practical similarities*, in *Business Law International*, 2016, pag. 27.

²⁷ *United States v. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947), *appeal dismissed*, 168 F.2d 749 (2nd Cir. 1948).

²⁸ I riferimenti sono a casi in cui vi sia un contratto tra le parti (la *Section 1 – 201 (19)* definisce la *good faith* quale "*honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*") e alle vendite commerciali (si veda la *Section 2 – 103 (b)* secondo cui "*in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade*").

²⁹ Ha suggerito la necessità di introdurre una simile previsione E. M. S. HOUE, *The doctrine of good faith in contract law: a (nearly) empty vessel?*, *Utah Law Review*, 2005, vol. 1, pag. 54; *Critical interventions: toward an expansive equality approach to the doctrine of good faith in contract law*, *Cornell Law Review*, 2003, pag. 1025.

³⁰ La buona fede, secondo questo approccio, "*has no general meaning or meanings of its own*" e servirebbe unicamente a "*exclude many heterogeneous forms of bad faith*"; R. S. SUMMERS, *"Good Faith"*, *op. cit.* pag. 196; critico S. J. BURTON, *Breach of contract and the common law duty to perform in good faith*, in *Harvard*

quale ha letto il principio di buona fede oggettiva quale un “*implied term*” del contratto che richiede la cooperazione delle parti del contratto affinché la propria controparte non veda le proprie ragionevoli aspettative deluse³¹. Questa idea ha avuto seguito anche nella giurisprudenza, a partire dal *leading case* deciso dal giudice Scalia, *Tymshare v. Covell*³². Il *Restatement Second of Contracts*, invece, ha dedicato una specifica sezione alla nozione di buona fede, la § 205, rubricata *Duty of good faith and fair dealing*, la quale impone alle parti di un contratto il dovere di comportarsi secondo buona fede. Per quanto, anche in questo caso manchi un espresso richiamo di simile obbligo alla fase delle trattative, il commento alla relativa sezione risulta sicuramente di rilievo e sembra aprire qualche spiraglio al riconoscimento di una qualche responsabilità precontrattuale nell’ordinamento americano, seppur ancora *in nuce*. Se ne riporta, per tanto, il testo integrale:

«*Good faith in negotiation. This Section, like Uniform Commercial Code § 1-203, does not deal with good faith in the formation of a contract. Bad faith in negotiation, although not within the scope of this Section, may be subject to sanctions. Particular forms of bad faith in bargaining are the subjects of rules as to capacity to contract, mutual assent and consideration and of rules as to invalidating causes such as fraud and duress. (...) Moreover, remedies for bad faith in the absence of agreement are found in the law of torts or restitution*»³³

Law Review (1980), pag. 369; *Good faith performance of a contract within article 2 of the uniform commercial code*, in *Iowa Law Review* (1981) pag. 1.

³¹ E. ALLAN FARNSWORTH, *Good faith performance and commercial reasonableness under the Uniform Commercial Code*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 30 (1962) pag. 666.

³² 727 F.2d 1145, 234 U.S. App. D.C. 46 (1984), dove i giudici, richiamandosi altresì all’opera di R. SUMMERS, *cit.* definirono la buona fede quale un mezzo per individuare, all’interno del contratto, un’obbligazione implicita di non intraprendere condotte qualificabili quali *bad faith*. Detto dovere di condotta sarebbe per l’appunto implicito all’interno di ogni contratto.

³³ L’approccio che si può avere nei confronti di questa introduzione appare duplice: se, da un lato, ci si può rallegrare del fatto che vi sia finalmente una qualche sorta di riconoscimento della responsabilità precontrattuale, per quanto *soft*, dall’altro, si potrebbe criticare come questo richiamo non faccia altro che sottolineare come nel sistema americano non esista un principio generale di buona fede nelle negoziazioni, e che andranno ricercati singoli rimedi nella (frammentaria) legislazione già esistente (le c.d. *piecemeal solutions*), essendo peraltro improbabile che un giudice dirima una controversia richiamandosi al presente commento.

Nella dottrina di oltre oceano, i primi autori ad occuparsi specificatamente del tema della *culpa in contrahendo* sono stati un professore di Yale, Friedrich Kesler, casualmente di origine tedesca (laureato a Berlino) e un laureato di Harvard, Edith Fine, i quali, nel loro celebre articolo del 1964 (!) intitolato *Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*³⁴, in maniera netta, affermavano che “*common law (...) has no culpa in contrahendo doctrine*”³⁵. Tuttavia, secondo gli Autori, anche nel diritto americano era possibile incontrare il concetto di buona fede nell’ambito delle trattative e, pur in assenza di una disciplina organica, erano presenti dei rimedi eterogenei ritenuti sufficienti a svolgere la stessa funzione della disciplina della *culpa in contrahendo*³⁶. Più o meno negli stessi anni, un professore di New York³⁷ si interrogava sulla possibilità di introdurre pattiziamente un obbligo di trattare comportandosi secondo buona fede (il cosiddetto *contract to bargain*³⁸), colmando in tal modo la lacuna legislativa mediante una base assolutamente volitiva, rinunciando al principio cardine della *freedom to contract*³⁹. In tal modo, in caso di inadempimento, sarebbe

³⁴ Pubblicato sull’*Harvard Law Review*, volume 77, January 1964, no. 3, pag. 401.

³⁵ Come notato da Caruso, il fatto che “*common law appears to have no counterpart to the German doctrine of culpa in contrahendo*” era cosa nota anche in Italia, come segnalato da F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit. pag. 9.

³⁶ Nell’abstract dell’articolo è infatti possibile leggere che le “*notions of good faith and fair dealing are frequently expressed in the American contract law affecting preliminary negotiations, firm offers, mistake, and misrepresentation, and that the doctrines of negligence, estoppel, and implied contract, among others, have at the same time served many of the doctrinal functions of culpa in contrahendo*”. Tuttavia, gli stessi riconoscono che “*Over the last decades notions of good faith and fair dealing have undergone a steady process of further expansion, particularly in the field of public construction contracts*”.

³⁷ Il riferimento è a C. KNAPP, *Enforcing the contract to bargain*, 44, *New York University Law Review*, 673 (1969).

³⁸ Con tale espressione l’autore fa riferimento a “*any situation where two or more parties have commenced negotiations looking toward a particular exchange, have reached actual agreement on some important terms of the proposed exchange, have delayed agreement on other terms of real importance, but have nevertheless mutually signified their willingness to be regarded as “committed” to the entire proposed exchange. Each regards withdrawal by the other-for a reason other than failure to reach agreement on the remaining points as unjustified, and worthy of both moral and legal condemnation*”. La fattispecie è decisamente simile a quella che si raggiunge nel corso delle negoziazioni delle operazioni straordinarie, dove la funzione svolta dal *contract to bargain* è assimilabile a quella della lettera di intenti o, in genere, di un accordo preliminare.

³⁹ Quasi venti anni dopo, FARNSWORTH si interroga ancora sulla stessa questione: “*The hard question for American courts is not whether a court should undertake on its own to resolve a dispute over fair dealing in*

possibile condannare una parte al risarcimento dei danni subiti per aver fatto affidamento sul rispetto dell'accordo *inter partes* (e, quindi, dei *reliance interests*). Siamo in ogni caso ben distanti dagli ordinamenti di *civil law*, dove un siffatto obbligo viene imposto da fonti esterne, legali o giurisprudenziali.

Infine, le corti americane, negli ultimi decenni, hanno iniziato ad avere un atteggiamento meno restrittivo con riguardo alla possibilità di riconoscere una responsabilità precontrattuale in capo alla parte che non si sia comportata correttamente, attingendo a rimedi di natura eterogenea (si è parlato, a riguardo, di “*piecemeal solutions*”⁴⁰), sulla scia di quanto notato dalla dottrina più autorevole. Uno di questi rimedi, di natura quasi – contrattuale, è rappresentato dalla disciplina dell'arricchimento ingiustificato, o *unjust enrichment*, risultante dalle negoziazioni. In tali casi un soggetto si appropria indebitamente di benefici nella fase delle negoziazioni finalizzate alla sottoscrizione di un contratto che, tuttavia, non viene concluso. Non essendo disponibili i rimedi contrattuali, le corti in alcuni casi hanno fatto ricorso alla figura dell'*unjust enrichment* per condannare una parte alla restituzione dei benefici ricevuti nel corso delle trattative⁴¹. Un secondo strumento con il quale si è fornita tutela all'affidamento di una parte nel corso delle negoziazioni è rappresentato dall'istituto della *misrepresentation*. Questa volta il *leading case* è rappresentato dal caso *Markov v. ABC Transfer & Storage Co.*⁴². Qui un proprietario di un immobile aveva fatto credere all'allora attuale conduttore che gli avrebbe rinnovato il contratto di locazione, giunto ormai a termine, mentre stava

precontractual negotiations, but whether it should undertake to resolve it when the parties have explicitly agreed to do so”, cfr. *Precontractual liability*, op. cit. pag. 243.

⁴⁰ Richiama questa espressione L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence*, op. cit., pag. 29, a sua volta ripresa dal Grande Dizionario Hazon – Garzanti, Milano, 2008.

⁴¹ Le ipotesi principali di *restitution* riguardano le idee di cui una parte si sia appropriata nel corso delle negoziazioni, nonché dei servizi ricevuti, prodromici alla futura conclusione di un contratto. Un esempio è quello dell'architetto che esegua delle attività a favore di un potenziale committente in vista di una futura conclusione di un contratto di appalto che, tuttavia, non si verifica. In tal caso, è stato riconosciuto il diritto del soggetto “impovertito” a vedersi restituito il valore pari al beneficio che controparte aveva ricavato da tali servizi (cfr. *Hill v. Waxberg*, 237 F.2d 936 (9th Cir. 1956). Tuttavia, è stato notato come “*few other courts have entertained claims for restitutions of benefits conferred during failed negotiations. Because a party's expenses during negotiations typically result in no benefit on the other party, such expenses have not often given rise to claims to restitution*”; E. ALLAN FARNSWORTH, *Contracts*, op. cit. pag. 194.

⁴² 457 P.2d 535 (Wash. 1969).

contemporaneamente trattando per la vendita dello stabile. Il locatore ovviamente stava cercando di assicurarsi che l'immobile non rimanesse vuoto, senza quindi percepire il canone, durante il periodo in cui era occupato a negoziare la vendita e, soprattutto, di non rimanere a bocca asciutta nel caso in cui questa non fosse andata a buon fine. In questo caso i giudici della Corte Suprema di Washington ritennero il comportamento del locatore e lo condannarono al risarcimento dei danni nel limite delle *reliance losses*, comprendenti non solo le spese affrontate per l'improvviso cambio di sede, ma anche i profitti mancati (in quanto lo spostamento aveva fatto perdere al conduttore un cliente)⁴³. Il rimedio della *misrepresentation* risulta tuttavia troppo specifico per poter fungere da protezione generale con riferimento alle ipotesi di responsabilità precontrattuale, per le quali non è richiesto di giungere ad effettuare dichiarazioni false o comunque ingannevoli. Un terzo strumento a cui le corti americane hanno fatto ricorso per tutelare la parte che abbia subito un danno a causa di comportamenti scorretti prima della conclusione del contratto è rappresentato dal ricorso alla figura del *promissory estoppel*⁴⁴, mediante il quale è stata fornita tutela a chi, facendo affidamento su una promessa di controparte, che tuttavia non avesse i requisiti per caratterizzarsi quale offerta vera e propria, avesse sostenuto delle spese in vista della futura conclusione del contratto, mai avvenuta. Seppur in assenza di una *consideration*, la promessa venne considerata tuttavia vincolante, con conseguente obbligo di risarcimento in caso di sua violazione. Il caso, abbastanza noto, è *Hoffman v. Red Owl Stores*⁴⁵, deciso dalla Corte Suprema del *Wisconsin* nel 1965. In tale fattispecie, la catena di supermercati *Red Owl*, per il tramite del proprio rappresentante, aveva promesso al signor *Hoffman*, titolare di una panetteria, che gli avrebbe offerto un contratto di

⁴³ Come abbiamo visto nel I capitolo (e, in particolare, il paragrafo 10, *Il concetto di buona fede*), nel nostro ordinamento un siffatto comportamento costituirebbe una violazione del canone di buona fede stabilito dall'art. 1337 cod. civ. rientrando in una di quelle fattispecie in cui un soggetto inizia una negoziazione senza avere veramente l'intento di concludere l'affare, ma per altri fini, tenuti celati alla propria controparte.

⁴⁴ Tale rimedio è stato introdotto con il *Restatement First of Contracts* § 90 secondo cui "*A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise*". Esso rappresentava quindi un'eccezione al principio stabilito dalla § 75 (*definition of consideration*) secondo cui solo un corrispettivo fosse in grado di dare rilievo giuridico ad una promessa la quale, altrimenti, non avrebbe avuto alcuna conseguenza. La § 90 verrà poi modificata con il secondo *Restatement*.

⁴⁵ 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965).

franchising per aprire un negozio se questi avesse rispettato determinate richieste (quali quella di guadagnare esperienza, nonché di investire alcuni soldi nell'attività). Dopo circa due anni in cui il signor Hoffman si era dato da fare per guadagnare l'esperienza richiesta (tra le altre cose, egli aveva venduto la propria panetteria, acquistato e rivenduto un piccolo negozio di alimentari, cambiato città) sempre facendo affidamento sulla conclusione di un contratto di *franchising* con la *Red Owl*, le trattative saltarono del tutto quando il rappresentante di quest'ultima aumentò la richiesta di finanziamento da parte del signor Hoffman per potersi aggiudicare il contratto. Questi fece dunque causa per vedersi risarcite le spese che aveva sostenuto “*in reliance on the assurance of a franchise*”. Il problema era rappresentato dal fatto che la *Red Owl* non aveva mai effettuato un'offerta vera e propria al signor Hoffman, non era stato stipulato alcun contratto e, secondo l'approccio tradizionale, la *Red Owl* aveva qualsiasi diritto di ritirarsi dalle trattative quando avesse voluto. Una simile situazione appariva però eccessivamente ingiusta e la corte ritenne che, nonostante l'assenza di un contratto tra le parti, tutti i requisiti stabiliti dalla § 90 fossero stati rispettati⁴⁶. Anche un siffatto rimedio, tuttavia, non è di certo paragonabile alla portata che ha nel nostro ordinamento un principio di applicazione generale quale quello delineato dall'art. 1337 cod. civ. Né, d'altronde, pare che ciò sia quanto voluto dai giuristi americani.

A meno che non ci sia uno specifico rimedio (quali quelli appena illustrati dell'arricchimento senza giusta causa, della rappresentazione ingannevole o del *promissory estoppel* a tutela di una promessa specifica) non è ancora oggi possibile affermare la presenza di un principio generale di *good faith and fair dealing* scaturente dalla legge a tutela dell'affidamento (o *reliance*). La questione, quindi, appare prettamente culturale. Significative al riguardo sono le parole espresse da due dei più importanti autori d'oltreoceano con riferimento alla posizione delle corti americane e della loro riluttanza ad individuare un generico dovere di buona fede che precluda le parti dal recedere dalle trattative in qualsiasi momento, posizione che viene strenuamente difesa da detti autori. Da un lato, di fatti, Kessler e Fine hanno affermato che “*if the utility of a contract as an instrument of self-government is not to be seriously weakened, parties must be free to break off preliminary negotiations without being held to an accounting*”⁴⁷; in maniera ancor più esauriente, Farnsworth sostiene che i

⁴⁶ “*injustice would result here if plaintiffs were not granted some relief because of the failure of defendants to keep their promises which induced plaintiff to act to their detriment*”.

⁴⁷ *Culpa in contrahendo*, op. cit. pag. 412.

consociati “*are not greatly dissatisfied with the common law’s aleatory view of negotiations and feel that claims are fairly treated under the existing grounds of liability. As long as these grounds are not often invoked and have not been pushed to their limits, there will be little pressure to add a general obligation of fair dealing*”. Ne consegue che la ritrosia delle corti americane nell’imporre generici obblighi di buona fede sulle parti nella fase delle trattative risulterebbe ampiamente giustificata. La visione aleatoria delle negoziazioni ben si adatta ad un tipo di società che si disinteressa del risultato delle singole transazioni, che interessa solamente i privati che vi siano coinvolti. Per questo motivo l’unica eccezione è rappresentata dalla disciplina dei contratti collettivi nazionali di lavoro, in quanto in quello specifico caso vi è un interesse generale al risultato di quelle negoziazioni. Ne deriva che l’imposizione di un obbligo legislativo di *good faith and fair dealing* non viene visto come qualcosa che sarebbe in grado di migliorare il benessere economico della società, intesa come singoli individui che negoziano tra di loro al fine della ricerca della massimizzazione del proprio interesse⁴⁸.

3. L’obbligo pattizio di *good faith and fair dealing*

Il capitolo sulla *precontractual liability* all’interno dell’opera di Farnsworth sui contratti si chiude con un interrogativo riguardo la possibilità per i paciscenti, stante l’assenza di un generico obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative (assimilabile al dettato del nostro art. 1337 cod. civ.), di imposizione legislativo o giurisprudenziale, di auto-limitare in via autonoma la propria *freedom to contract* mediante un *agreement to agree* o *to negotiate* (o, nel linguaggio di Kessler e Fine, *contract to bargain*). La domanda risulta certamente attuale (in particolar modo nell’ambito, che qui interessa, delle operazioni straordinarie, ma non solo) in quanto, come visto sopra, questa soluzione ha trovato un’ampia diffusione nella prassi, a causa del complicarsi ed allungarsi del periodo di formazione del contratto, e del superamento del binomio offerta – accettazione.

Di conseguenza, sempre più spesso le corti americane si sono viste presentarsi domande di risarcimento dei c.d. *reliance interests* a causa di violazioni di accordi pattizi di condurre le trattative in maniera *fair*, per quanto ovviamente ciò non implichi il dovere di addivenire alla

⁴⁸ Tale approccio è stato correttamente definito con l’espressione “*trionfo dell’individualismo dei paciscenti*”, cfr. D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, op. cit. pag. 44.

conclusione di un contratto ma, quanto meno, di non recedere in maniera ingiustificata o, comunque, di non creare nella propria controparte un affidamento nella futura sottoscrizione di un accordo. Per quanto non possa ancora parlarsi di uniformità nell'approccio che le corti hanno avuto riguardo alla casistica in esame, sembra che quanto meno il *trend* sia quello di riconoscere validità ad accordi di tal genere per due differenti ordini di ragioni: (i) da un lato, si è semplicemente riconosciuta la validità di quegli accordi preliminari mediante i quali le parti autonomamente decidono di regolare il proprio comportamento nella fase negoziale, ispirandolo ai canoni di buona fede, pur in assenza di un obbligo legale in tale direzione; (ii) dall'altro, in alcuni casi, tali accordi preliminari sono stati ritenuti veri e propri contratti, in quanto presentavano tutti gli elementi a tal fine richiesti, e da ciò è stata fatta derivare la responsabilità contrattuale delle parti interessate, che come abbiamo visto, implica doveri di *good faith and fair dealing* (si rimanda al riguardo ai testi del *Restatement Second of Contracts* e dello *Uniform Commercial Code* sopra citati). Ovviamente, l'adozione di una piuttosto che dell'altra soluzione dipenderà in larga parte dal tenore letterale degli accordi di volta in volta presi in considerazione, non essendo quindi possibile affermare una disciplina generale ma, piuttosto, *on a case-by-case basis*. Significativo al riguardo è anche il diffondersi, nella prassi, dell'utilizzo della dicitura «*subject to contract*» al fine per l'appunto di evitare che un giudice possa ritenere già pienamente raggiunto un accordo tra le parti, che quindi rischiano di vedersi vincolate da un testo che ritenevano invece avere una portata inferiore⁴⁹. Vi è quindi una presa di coscienza da parte degli operatori economici della possibilità (o forse sarebbe meglio dire, nella loro ottica, rischio) che le corti scrutino con maggior attenzione i comportamenti e gli accordi intercorsi durante le negoziazioni, sanzionando i comportamenti scorretti intrattenuti in tale fase in vario modo.

Tuttavia, il quadro degli orientamenti giurisprudenziali risulta ancora in parte frastagliato, con conseguenze negative circa la possibilità di prevedere quali saranno le decisioni dei giudici

⁴⁹ Anche se l'angolo di visuale è specifico (i contratti di finanziamento): “*In the absence of such a formula the question whether a legally binding contract should arise as a matter of law depends on the intention of the parties and the surrounding circumstances. Indeed, it has been held that a document containing terms and conditions, but which is to be embodied in a formal written document may nevertheless constitute a complete and binding agreement. See Branca v Cobarro [1947] KB 854; Clipper Maritime Ltd v Shirlstar Container Transport Ltd, The Anemone [1987] 1 Lloyd's Rep. 456*”; R. C. TENNEKOON, *The law and regulation of international finance*, Tottel publishing, 2009, pag. 46.

al riguardo. Ciò comporta un elemento di incertezza che sicuramente non è quanto desiderato dagli operatori economici i quali, invece, prediligono i sistemi di *common law* quale *governing law* dei loro accordi proprio perché consapevoli della maggior importanza assunta dal significato letterale di quanto convenuto, che difficilmente sarà soggetto ad interpretazioni ermeneutiche da parte dei giudici, nonché per la maggior prevedibilità, in chiave *holmesiana*⁵⁰, del diritto. Ciò risulta particolarmente importante nel settore del *commercial e business law*, dove gli operatori economici mal sopportano intromissioni da parte di terzi (ivi compresi i giudici) nei testi contrattuali stipulati dai loro legali. Appare, al modesto parere di chi scrive, che vi sia una contraddizione in termini in questa situazione. Da un lato, di fatti, il tradizionale approccio di *common law* rifugge, tendenzialmente, l'applicazione di quei principi generici, quali quelli di buona fede, oggetto di analisi nel presente lavoro, in quanto intrinsecamente connessi con l'incertezza derivante dalla loro applicazione, dall'altro, tuttavia, rifiuta, anche se non sempre, di riconoscere valenza giuridica a singoli accordi che impongono nel caso specifico il rispetto di tali criteri, finendo per introdurre proprio quell'elemento di incertezza che si voleva evitare. Siffatta frammentazione può essere spiegata sulla base di criteri meramente geografici, o relativi alla formazione culturale dei giudici, in base alle università di provenienza⁵¹.

Passando ad una breve disamina dei casi giurisprudenziali che si sono espressi sul tema, si segnala come nel caso *Teachers Ins. Annuity Ass'n v. Tribune*⁵² i giudici abbiano riconosciuto come l'accordo (*commitment letter*) con il quale le parti si erano impegnate a negoziare il futuro contratto in buona fede “*represented a binding preliminary commitment and obligated both sides to seek to conclude a final loan agreement upon the agreed terms by negotiating in good faith to resolve such additional terms as are customary in such agreements*”. Il caso riguardava

⁵⁰ Secondo O. W. Holmes, come noto, la funzione primaria del diritto consisteva nel rendere prevedibile le decisioni dei giudici; cfr. O. W. HOLMES, *The path of the law*, *Harvard Law Review* 457 (1897).

⁵¹ Proprio questo sarebbe il motivo, secondo un autore, in grado di spiegare il particolare approccio dei giudici federali del secondo circuito, i quali hanno riconosciuto la validità di quegli accordi preliminari mediante i quali le parti si obbligavano a comportarsi secondo *good faith* durante le negoziazioni dell'accordo finale, influenzati dall'opera di Farnsworth in tema di responsabilità precontrattuale, veicolata dall'opera (e dagli studi) dei *law-clerks* al servizio dei giudici. Come è stato fatto notare “*Negli Stati Uniti, tra il formante dottrinale e quello giurisprudenziale esiste l'insolito trait d'union dei neolaureati che, ancor freschi di studi giuridici, lavorano come assistenti presso le corti locali*”; cfr. D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, op. cit. pag. 35.

⁵² 670 F. supp. 491, S.D.N.Y. (1987).

un'azione intentata da un istituto di credito nei confronti di un (potenziale) mutuatario i quali, mediante un accordo preliminare, avevano stabilito i termini ai quali l'istituto avrebbe erogato un finanziamento al cliente, soggetto alla preparazione ed esecuzione della relativa documentazione e all'approvazione del consiglio di amministrazione dell'istituto. Tuttavia, successivamente, il cliente si era tirato indietro dalla negoziazione, prima che le parti avessero raggiunto un accordo sui termini finali del contratto di finanziamento, in maniera contraria all'obbligo, ricadente su entrambe le parti in forza della *commitment letter* di proseguire le negoziazioni in buona fede, in quanto il recesso era dovuto al declino dei tassi di interesse intervenuto nel corso delle trattative. La questione era quindi se un accordo che non contenesse tutti gli elementi di un contratto, potesse comunque vincolare le parti⁵³. Da un lato, vi è il rischio di limitare la *freedom to contract* delle parti, e il desiderio di evitare che le parti si ritrovino vincolate prima che un contratto vero e proprio sia stato concluso (*"A primary concern for courts in such disputes is to avoid trapping parties in surprise contractual obligations that they never intended"*). Dall'altro, tuttavia, non si può svincolare di contenuto gli accordi con i quali le parti in maniera autonoma decidono di vincolarsi ad un determinato comportamento nella fase delle negoziazioni e, quindi, anche in assenza di un contratto definitivo quale fonte di obbligazioni (*"Notwithstanding the importance of protecting negotiating parties from involuntary judicially imposed contract, it is equally important that courts enforce and preserve agreements that were intended as binding, despite a need for further documentation or further negotiation"*). Nel bilanciamento di questi due contrapposti interessi, i giudici di New York ritengono prevalente la libera volontà di vincolarsi delle parti a negoziare in buona fede i termini del futuro accordo, senza che ciò comporti un obbligo per le parti di vincolarsi ad arrivare a tale risultato in ogni caso, in quanto ben potrebbe essere il caso che, nonostante la buona fede profusa, le parti non siano in grado di raggiungere un accordo sugli elementi ancora aperti, oppure che mutamenti incolpevoli delle circostanze comportino il venir meno dell'interesse delle parti nella conclusione del contratto. Tutto ciò non è impedito dall'obbligo pattizio di comportarsi secondo buona fede nelle negoziazioni. Semplicemente, le parti non potranno

⁵³ *"There has been much litigation over preliminary agreements. It is difficult to generalize about their legal effect. They cover a broad scope ranging in innumerable forms and variations from letters of intent which presuppose that no binding obligations will be placed upon any party until final contract documents have been signed, to firm binding commitments which, notwithstanding a need for a more detailed documentation of agreement, can bind the parties to adhere in good faith to the deal that has been agreed"*.

recedere ingiustificatamente dalle trattative, o ritrattare su quei punti sui quali abbiano già dato il proprio assenso con l'accordo preliminare⁵⁴.

Un terreno particolarmente fertile, dove le corti statunitensi hanno affermato a più riprese la sussistenza dei doveri di *good faith and fair dealing* la cui violazione comporta la condanna per aver commesso uno specifico *tort*, è certamente rappresentato da quello dei contratti di assicurazioni, a causa dei rapporti specifici intercorrenti tra i soggetti coinvolti, e dell'importanza rivestita nel mondo moderno da tale tipologia contrattuale⁵⁵. Un altro ambito in cui è possibile individuare sentenze in cui si è fatto ricorso al *bad faith tort* è quello rappresentato dai contratti di lavoro⁵⁶ (anche se manca pure in questo settore un atteggiamento

⁵⁴ “*What he may demand, however, is that his counterparty negotiate the open terms in good faith toward a final contract incorporating the agreed terms. This obligation does not guarantee that the final contract will be concluded if both parties comport with their obligation, as good faith differences in the negotiation of the open issues may prevent a reaching of final contract. It is also possible that the parties will lose interest as circumstances change and will mutually abandon the negotiation. The obligation does, however, bar a party from renouncing the deal, abandoning the negotiations, or insisting on conditions that do not conform to the preliminary agreement*”.

⁵⁵ Abbiamo già detto come la *ratio* alla base del disinteresse americano ai problemi di responsabilità precontrattuale sia da connettersi alla generica indifferenza nei confronti dei risultati delle singole transazioni tra privati. Nel caso di contratti di assicurazioni, caratterizzati da elementi di interesse pubblico, tuttavia, la situazione cambia. I casi più noti al riguardo sono rappresentati da *Crisci v. Security Insurance Co.* 66 Cal. 2d 425 P.2d 173, 58 Cal. Rptr. 13 (1967) in J. M. FEINMAN, *The law of insurance claim practices: beyond bad faith*, in *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, Winter 2012, Vol.47(2), pag. 693; e *Gruenberg v. Aetna Insurance Co.*, 66 Cal. 2d 430, P.2d 177, 58 Cal. Rptr. 17 (1967), per il quale si rimanda a G. WILLIAM H. JR., *Good faith and fair dealing in insurance contracts: Gruenberg v. Aetna Insurance Co.*, in *Hastings Law Journal*, Jan. 1, 1973, Vol. 25, pag. 699.

⁵⁶ *Cleary v. American Airlines*, 111, Cal. App. 3d 443, 168 Cal Rptr. 722 (1980), dove si fa riferimento ad un *breach of the implied covenant of good faith and fair dealing*, al riguardo si veda E. HAGGERTY, *Breach of the implied covenant of good faith and fair dealing in employment contracts: from here to longevity and beyond. (California)*, in *Western State University Law Review*, Spring, 1987, Vol. 14(2), pag. 445.

uniforme da parte delle corti⁵⁷) in ragione dell'importanza rivestita nella società dalle questioni connesse alle tematiche del lavoro e dell'occupazione⁵⁸.

4. La responsabilità precontrattuale nell'ambito delle operazioni straordinarie. Il ruolo della lettera di intenti

Terreno particolarmente fertile per l'analisi della contrattualistica precontrattuale e dei temi sopra richiamati è proprio quello delle operazioni di acquisizione di partecipazioni sociali. Seppure il settore degli accordi commerciali non presenti quei tratti (quali la *fiduciary relationship* o l'interesse pubblico all'esito delle trattative) tipici di quei settori in cui le corti americane, in maniera più o meno uniforme, hanno affermato doveri di buona fede e *fair dealing*, è possibile individuare diverse pronunce che hanno riconosciuto la validità di accordi che imponevano siffatti obblighi sulle parti delle negoziazioni. Si evince subito la differenza della casistica che ci si appronta ad esaminare: in questi casi, gli obblighi da cui può derivare la *culpa in contrahendo* non derivano in maniera generica da una qualche obbligazione avente fonte esterna rispetto agli accordi dalle parti, ma promana precipuamente da questi ultimi. Due casi interessanti sono infatti rappresentati da *Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries*, 248 a.2d 625 (Del. 1968)⁵⁹ e *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*, 884 F.2d 69 (2nd Cir. 1989)⁶⁰.

Il primo caso aveva ad oggetto la negoziazione della vendita degli *assets* della *Chicago Aerial Industries* (CAI) alla *Itek*. Dopo molte trattative, la *Cai* decideva di accettare l'offerta

⁵⁷ *Arco Alaska, Inc., v. Akers*, 753 P.2d 1150 (Alaska, 1988), dove i giudici hanno affermato che la dottrina dell' *implied covenant of good faith and fair dealing* "creates uncertainty for contracting parties, foments litigation and threatens commercial development", E. J. RANDAL, *The implied covenant of good faith and fair dealing in Alaska: one court's license to override contractual expectations*, in *Alaska Law Review*, Vol. 11 pag. 35, 1994.

⁵⁸ Tanto che, come già visto sopra, la disciplina dei contratti collettivi è l'unica all'interno della quale sia possibile individuare un espresso riferimento ad obblighi di buona fede nella fase delle negoziazioni.

⁵⁹ C. LOCKHART, *Misleading or deceptive conduct: issues and trends*, The Federation Press, 1996, pag. 123.

⁶⁰ L. R. KLING, E. T. NUGENT, *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions*, Law Journal Press, 2005, pag. 6 – 13.

formulata dalla *Itek*, subordinandola a quattro condizioni: (i) che la *Itek* ottenesse i necessari finanziamenti; (ii) che venisse sottoscritta una lettera di intenti; (iii) che venissero precisati i dettagli della vendita; (iv) che venissero preparati tutti i documenti necessari per la cessione in forma soddisfacente per entrambe le parti. Una volta che *Itek* aveva ottenuto il finanziamento necessario ad effettuare l'operazione, le parti sottoscrissero una lettera di intenti, nella quale prevedero che “*Itek and CAI shall make every reasonable effort to agree upon and have prepared as quickly as possible a contract providing for the foregoing purchase by Itek and sale by CAI, subject to the approval of CAI stockholders, embodying the above terms and such other terms and conditions as the parties shall agree upon. If the parties fail to agree upon and execute such a contract, they shall be under no further obligation to one another*”. Sottoscritta la lettera di intenti, le parti proseguirono nelle negoziazioni al fine di definire tutti i dettagli dell'operazione. Contemporaneamente, tuttavia, l'azionista di maggioranza della *Cai* entrava in contatto con un altro potenziale acquirente (*Bourns Inc.*), con il quale negoziava la vendita dei medesimi *assets* oggetto di interesse da parte della *Itek*. Tali trattative sfociavano in un'offerta più alta rispetto a quella precedentemente presentata, che la *Cai* accettava, nonostante i previ accordi con *Itek*, la quale veniva informata per telefax che l'operazione non loro non sarebbe proseguita a causa di generiche “*unforeseen circumstances*” e l'impossibilità di raggiungere un accordo sui termini finali della vendita. *Itek* fece causa sulla base della lettera di intenti, ritenuta vincolante, e sulla violazione da parte della *Cai* della previsione, ivi contenuta, in forza della quale le parti si erano obbligate a proseguire nelle negoziazioni in buona fede. In tal caso, i giudici notarono che “*it is apparent that the parties obligated themselves to "make every reasonable effort" to agree upon a formal contract, and only if such effort failed were they absolved from "further obligation" for having "failed" to agree upon and execute a formal contract. We think these provisions (...) obligated each side to attempt in good faith to reach final and formal agreement*”. Poiché, nel caso di specie, era chiaro che la *Cai* non avesse fatto tutto quanto possibile per proseguire nelle trattative e trovare un accordo, ma anzi avesse fatto l'esatto opposto al fine di liberarsi da tale accordo e vendere al migliore offerente, i giudici si espressero a favore della *Itek*, riconoscendo la possibilità per le parti di vincolarsi in maniera pattizia al rispetto del principio del *fear dealing* e, quindi, la natura vincolante della lettera di intenti⁶¹.

⁶¹ In dottrina, si è segnalato come il pensiero espresso dai giudici del caso *Itek v. Cai* abbia avuto un certo seguito nella giurisprudenza americana, e come “*the trend clearly favors enforceability*”; E. ALLAN

In modo abbastanza simile, nel caso *Arcadian* si dibatteva sulla vincolatività o meno di un *memorandum of understanding*⁶² all'interno di un'operazione di vendita di un'attività di fertilizzazione ad una *joint venture*. Tale *memorandum* conteneva l'accordo delle parti sugli *assets* da trasferire, il prezzo e le relative tempistiche di pagamento, un'opzione per l'ingresso del venditore nel capitale dell'acquirente e le scadenze relative ai successivi *steps*, inclusa la data del *closing*. La vendita era sottoposta all'approvazione dei consigli di amministrazione di entrambe le società. Inoltre, la clausola che più interessa in questa sede era quella con cui le parti si impegnavano “*to cooperate fully and work judiciously in order to expedite the closing date and consummate the sale of the business*”. A causa di un repentino cambio nel prezzo di mercato del bene di riferimento, la parte venditrice chiese un netto cambiamento dei termini ai quali avrebbe dovuto partecipare alla *joint venture*. Sebbene, nel caso di specie, i giudici ritennero che, dal tenore letterale del memorandum emergesse la mancanza di volontà di almeno una delle parti a vincolarsi⁶³, la decisione dei giudici risulta comunque interessante in quanto viene riconosciuta, almeno in astratto, la possibilità per la parte delusa di ottenere tutela mediante il ricorso all'istituto del *promissory estoppel* al fine di ottenere il risarcimento delle

FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.*, pag. 201. In giurisprudenza, si veda *Gillenardo v. Connor Broadcasting Delaware Co.*, 1999 Del. Super Lexis 530 dove si è stabilito che “*in Delaware the intention of the parties controls the creation of a good-faith duty to negotiate under a letter of intent*”; *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d, 275 (7th Circ. 1996); più recentemente, la vincolatività dell'accordo di negoziare in buona fede è stata sostenuta nel caso *SIGA Technologies Inc., v PharmAthene Inc.*, CA no. 2627 (Del. 24 May 2013). In questo caso i giudici hanno effettuato una distinzione tra due differenti tipologie di accordi: secondo la prima “*parties agree on all the points that require negotiation (including whether to be bound) but agree to memorialize their agreement in a more formal document*”; nella seconda “*parties agree on certain major terms, but leave other terms open for further negotiation*”. Il caso sottoposto alla corte del Delaware rientrava nella seconda tipologia e, poiché nel caso specifico, i giudici ritennero che un accordo sarebbe stato raggiunto in assenza del comportamento di una delle parti improntato a *bad faith*, condannarono il convenuto al risarcimento degli *expectations damages*; cfr. C. PERRY, *Good faith in english and us contract law*, *op. cit.*, pag. 29.

⁶² Abbiamo visto nel capitolo I come gli accordi precontrattuali in questione vengano individuati con nomi diversi.

⁶³ Determinanti, in tal senso, il duplice riferimento alla possibilità che le negoziazioni potessero fallire, nonché il riferimento ad un contratto di vendita vincolante da perfezionarsi in futuro.

spese subite a causa dell'affidamento riposto nei confronti della promessa di controparte di negoziare in *good faith*⁶⁴, promessa contenuta all'interno del *memorandum of understanding*.

Il caso più celebre in materia, tuttavia, rimane senza ombra di dubbio la vicenda *Texaco – Pennzoil*⁶⁵. Nello specifico, la Pennzoil Co. (Pennzoil) lanciò alla fine del 1983 un'offerta pubblica di acquisto finalizzata ad ottenere la maggioranza delle azioni (sedici milioni) della Getty Oil Company (Getty), per un corrispettivo pari a 100 dollari per azione. Poco dopo, la Pennzoil, Gordon Getty (azionista di maggioranza della Getty con il 40,2% delle azioni in circolazione) e J. Paul Getty Museum (un *charitable trust*, che deteneva l'11,8% delle azioni, JPGM), si accordarono affinché venisse ritirata l'offerta pubblica, e si procedesse ad una trattativa privata finalizzata all'ingresso della Pennzoil nel capitale di minoranza di Getty. Ad esito delle trattative, le parti sottoscrissero un *memorandum of agreement*, ai sensi del quale a Pennzoil sarebbe spettato il 43% della Getty, e al sig. Getty il rimanente 57%. I termini del memorandum erano inoltre soggetti all'approvazione del consiglio di amministrazione della Getty. A seguito di un iniziale rifiuto dell'offerta, giudicata troppo bassa, ed al successivo rialzo del prezzo di acquisto delle azioni, il memorandum venne sottoscritto, e venne rilasciato un comunicato stampa contenente i principali termini dell'operazione. Il giorno dopo, tuttavia, il *chief investment banker* della Getty contattò altri potenziali acquirenti alla ricerca di un prezzo di acquisto più alto. Il giorno dopo ancora arrivò l'offerta della Texaco, che superava quella precedente della Pennzoil, che venne prontamente accettata dagli azionisti della Getty. Pennzoil agì quindi in giudizio davanti alla *Chancery Court* del *Delaware* per ottenere un ordine che imponesse alla Getty di rispettare gli accordi presi con il memorandum, nonché l'inibitoria della vendita delle azioni di quest'ultima alla Texaco. Il fulcro della questione era rappresentato dal decidere se il memorandum fosse già un accordo definitivo, per tanto in grado di vincolare le parti, o se invece fosse necessario una successiva formalizzazione degli accordi delle parti,

⁶⁴ “When appellants rejected Arcadian's proposed modification of the latter's equity position, appellants say Arcadian called off negotiations--thereby violating its promise to bargain in good faith. Because appellants' allegations raise genuine issues of material fact as to whether Arcadian made a clear, unambiguous promise to negotiate in good faith, whether appellants reasonably and foreseeably relied on that promise in entering into expenditures and collateral contracts with suppliers or others, and whether appellants thereby sustained an injury, the district court erred in granting summary judgment on their promissory estoppel claim”.

⁶⁵ 729 S.W.2d 768 (Tex. Civ. App. 1987). R. M. LLOYD, *Pennzoil v. Texaco, twenty years after: lessons for business lawyers*, in *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, Spring, 2005, Vol. 6(2), p.32.

essendo il memorandum un semplice accordo preliminare non vincolante. Per quanto il testo del memorandum fosse particolarmente preciso, e la condizione sospensiva (il consenso del consiglio di amministrazione) si fosse realizzata, la domanda della Pennzoil fu respinta, in quanto venne dato particolare peso alla necessità, dichiarata anche nel comunicato stampa, che le parti siglassero un successivo accordo definitivo di fusione. La Pennzoil decise allora di agire nei confronti del terzo che si era “intromesso” citando in giudizio la Texaco in Texas, a Houston, per il *tort* di *intentional interference with contractual relations and inducement of breach of contract*. Il punto era sempre il medesimo: la presenza di un contratto tra Pennzoil e Getty o meno. Questa volta, tuttavia, i giudici si espressero a favore di un accordo pienamente vincolante tra le parti, con conseguente condanna della convenuta al risarcimento danni, più la eccezionale somma di tre miliardi a titolo di *punitive damages*.

Come anticipato, tuttavia, non sempre i giudici hanno riconosciuto la possibilità per le parti di vincolarsi a conformarsi a obblighi comportamentali di buona fede mediante un accordo nella fase preliminare delle negoziazioni. In un altro caso di acquisizione azionaria⁶⁶ ci si è interrogati, secondo la legge del Mississippi, sulla possibilità delle parti di vincolarsi a trattare in buona fede. Per quanto anche in questo caso non si neghi in astratto detta possibilità, nel caso di specie si ritenne che l'accordo siglato dalle parti non fosse in grado di eliminare la possibilità di recedere dalle negoziazioni per qualsiasi motivo. Al riguardo, i giudici precisano come la legge del Mississippi “*has never recognized contracts to negotiate nor contracts to make a contract*” e, in ogni caso, “*An agreement to negotiate, even if recognized, does not bind a party to surrender his right to decide not to enter into another contract with the other party*”.

In questo caso i giudici hanno scisso il tema della possibilità di obbligarsi a trattare in buona fede ed il valore (vincolante o meno) di una lettera di intenti. Viene così precisato che “*the test for determining whether a writing constitutes an enforceable contract is whether the parties have manifested an intention to be bound by its terms and whether the terms are sufficiently definite to be legally enforced*”. Nel caso specifico, si ritenne che le parti non avessero manifestato in maniera univoca una siffatta volontà di vincolarsi già mediante la lettera di intenti. Ciò anche in considerazione dei numerosi punti lasciati aperti da quest'ultima,

⁶⁶ *Knight v. Sharif v. Walsh*, 875 F.2d 516 (5th Cir. 1989).

particolarmente rilevanti, soprattutto in considerazione della complessità della transazione⁶⁷. Altri elementi determinanti al fine di decidere circa la vincolatività della lettera di intenti sono stati ritenuti le condizioni prodromiche all'approvazione finale e la necessità di ulteriori consensi relativamente al perfezionamento dell'operazione. Nel caso di specie, il richiamo ad un "*final definitive agreement*" è stato ritenuto indicativo della non vincolatività della lettera di intenti.

La decisione da ultimo citata rientra nel novero del filone giurisprudenziale più "tradizionale" del *caveat emptor*⁶⁸ che esclude la possibilità delle parti di rinunciare alla possibilità di perseguire esclusivamente i propri interessi nella fase delle negoziazioni, o di essere condannati a risarcire le spese che la propria controparte abbia sostenuto in questa fase in vista del futuro contratto, in quanto questa può sempre tutelarsi da sola recedendo lei stessa per prima dal tavolo negoziale. La regola tradizionale, espressa dalla formula «*all or nothing approach*», è stata ribadita anche dopo l'opera di Farnsworth in altri casi. In particolare, si riporta un passaggio significativo del caso *Empro Manufacturing Co., Inc., v. Ball-Co Manufacturing, Inc.*⁶⁹:

⁶⁷ "Numerous material issues were left open by the parties for future negotiation: each party's representations and warranties, their duration, the amount and duration of the indemnities between the parties, the securities law protections, and the matters set forth above which were still at issue when the last meeting took place (...). All of these items were material to the risks and benefits of each party in a complex transaction".

⁶⁸ L'aderire al principio del *caveat emptor*, per cui è l'acquirente che deve prestare particolare attenzione nella transazione in cui è involto, risulta distante dall'imposizione di obblighi di informazione che, nel nostro ordinamento, sono stati fatti derivare dal principio di cui all'art. 1337 cod. civ. Ne consegue che, nei paesi di common law che aderiscono a siffatto principio, non è possibile riscontrare un dovere simile a quello da noi teorizzato sia in dottrina che in giurisprudenza, salvo casi specifici, quali quelli già richiamati di contratti caratterizzati da *fiduciary relationships* tra le parti, o dove il dovere di informativa viene ritenuto un *implied term* (come nel settore dei contratti di assicurazione, dove l'assicurato è tenuto a dichiarare i fatti rilevanti ai fini della stipulanda assicurazione).

⁶⁹ 870 F.2d 423 (7th Cir. 1989). Il caso riguardava uno scambio di lettere di intenti relativamente alla vendita degli *assets* della convenuta all'attrice, operazione sottoposta all'approvazione del consiglio di amministrazione dell'acquirente. Nella lettera di intenti, inoltre, le parti si erano impegnate a trovare un accordo sui dettagli che rimanevano da chiarire e sottoscrivere un formale contratto, mai concluso a causa del recesso del venditore, che aveva concluso l'affare con un terzo. Il giudice, nel negare efficacia alla lettera di intenti, aveva rilevato l'importanza dell'espressione, ivi contenuta "*subject to contract*", nonché la

«Illinois, as Chicago Investment, Interway, and Feldman show, allows parties to approach agreement in stages, without fear that by reaching a preliminary understanding they have bargained away their privilege to disagree on the specifics. Approaching agreement by stages is a valuable method of doing business. So long as Illinois preserves the availability of this device, a federal court in a diversity case must send the disappointed party home empty-handed. Empro claims that it is entitled at least to recover its "reliance expenditures", but the only expenditures it has identified are those normally associated with pre-contractual efforts: its complaint mentions the expenses "in negotiating with defendants, in investigating and reviewing defendants' business, and in preparing to acquire defendants' business." Outlays of this sort cannot bind the other side any more than paying an expert to tell you whether the painting at the auction is a genuine Rembrandt compels the auctioneer to accept your bid»

Ancora, in un caso di negoziazioni (fallite) per l'acquisto di un gruppo di aziende nel settore alimentare⁷⁰, è stata ribadita la correttezza del comportamento delle parti che mirano a perseguire unicamente il proprio interesse, nell'unico limite rappresentato dal non commettere un *tort*:

«Good faith is no guide. In a business transaction both sides presumably try to get the best of the deal. That is the essence of bargaining and the free market. And in the context of this case, no legal rule bounds the run of business interest. So, one cannot characterize self-interest as bad faith. No particular demand in negotiations could be termed dishonest, even if it seemed outrageous to the other party. The proper recourse is to walk away from the bargaining table, not to sue for "bad faith" in negotiations»

Inoltre, l'imposizione di un dovere di negoziare in buona fede, se ammesso, finirebbe per introdurre un elemento di indefinitezza, contrario ad uno degli elementi fondamentali perché si possa dire che vi sia un accordo tra le parti (quello, appunto, della *definiteness*), nonché sarebbe indice di una mancanza di effettiva volontà delle parti a vincolarsi⁷¹.

necessaria previa autorizzazione del consiglio, quali indici della volontà dell'acquirente di preservare la facoltà di tirarsi indietro.

⁷⁰ *Feldman V. Allegheny International Inc.*, 850 F.2d 1217 (7th Cir. 1988).

⁷¹ M. K. JOHNSON, *Enforceability of precontractual agreements in Illinois: the need for a middle ground*, in *Chicago-Kent Law Review*, Spring, 1993, Vol. 68(2), pag. 939.

Le massime da ultimo citate dimostrano come sia ancora diffuso nelle corti statunitensi quell'approccio, promanante dall'analisi economica del diritto, che rifugge qualsiasi imposizione di doveri di *culpa in contrahendo* all'interno dei rapporti tra operatori economici, per il timore che l'imposizione della responsabilità precontrattuale possa intimidire questi ultimi e, di conseguenza, comportare effetti negativi per l'economia in generale. Tale posizione appare criticabile sotto due distinti punti di vista: innanzitutto, se tale approccio potrebbe anche essere comprensibile con riferimento ad eventuali imposizioni a livello legislativo, esso sarebbe giustificabile nei casi riguardanti soggetti altamente specializzati e ove non sussistano eccessivi squilibri nelle posizioni contrattuali delle parti, ma appare mal conciliarsi con situazioni differenti, dove appare preferibile una tutela maggiore della parte contrattualmente debole. Inoltre, se si comprende la volontà di non imporre un siffatto obbligo a livello legislativo, ancora non si comprende per quale motivo un simile obbligo non possa essere rimesso all'autonomia delle parti, lasciando le parti libere di decidere al riguardo. In secondo luogo, l'assunto secondo cui le parti perseguono unicamente i propri interessi, anche se ciò possa comportare un detrimento degli interessi della propria controparte, non pare essere realmente la base di partenza delle transazioni, quanto meno non l'unica, né il fine al quale il contratto mira. Il modello individualista, tipico della concezione classica del contratto, non appare in linea con i più recenti movimenti e modelli di natura cooperativa e improntati a garantire una maggior solidarietà sociale, anche mediante il ruolo svolto dalla contrattazione privata⁷². È stato di fatti sostenuto da autorevoli autori come un tale approccio non sia sempre il migliore anche nell'ottica della massimizzazione dei propri interessi⁷³. Senza dire che un tale approccio risulta molto distante da quello del nostro ordinamento, dai doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. ed alla teoria del contatto sociale qualificato⁷⁴.

⁷² “Il modello cooperativo, viceversa, postulerebbe una realtà connotata da individui interagenti in rapporto di cooperazione reciproca, in cui ciascuno mostrerebbe di tenere in debito conto gli interessi altrui: detto paradigma richiederebbe un corpus normativo volto ad incoraggiare tale cooperazione”, L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence*, op. cit. pag. 131.

⁷³ Al riguardo, si rimanda a quanto riportato al successivo capitolo III, paragrafo 3.

⁷⁴ Sotto questo punto di vista, assolutamente noto alle dottrine di *common law*, appaiono particolarmente convincenti le teorie sviluppate in seno alle raccolte denominate *Critical Legal Studies*, la cui analisi eccede i limiti del presente lavoro, e per le quali si rimanda alle seguenti opere: A. HUNT, *The theory of critical legal studies*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1 (1986); R. M. UNGER, *The critical legal studies movement*, Cambridge, Mass., London, Harvard University Press, 1986, nonché quelle ascrivibili alla teoria

Per ricapitolare, l'approccio tradizionale americano non riconosce alcun dovere di comportarsi secondo buona fede durante la fase delle negoziazioni, in quanto ogni parte mira a realizzare unicamente i propri interessi, e ciascuno è sufficientemente tutelato dalla facoltà di recedere dalle trattative in qualsiasi momento, oltre che dalla presenza di soluzioni frammentate all'interno dell'ordinamento americano⁷⁵. Ciononostante, negli ultimi anni, gli interpreti d'oltreoceano hanno iniziato a riconoscere come, in determinate situazioni, non fosse corretto lasciare totalmente impunita la parte che avesse avuto un comportamento improprio nel corso delle negoziazioni, senza che questo sfociasse in uno specifico illecito. Conseguentemente, seppur si sia continuato a negare l'assenza di un principio generico scaturente dalla legge assimilabile a quello del nostro art. 1337 cod. civ. si è iniziato ad ammettere la possibilità per le parti, in quelle fattispecie particolarmente complesse dove le negoziazioni risultano particolarmente prolungate nel tempo, di vincolarsi in maniera pattizia a proseguire le trattative assumendo un comportamento orientato ai principi di *good faith and fair dealing*. La validità di simili pattuizioni, tuttavia, andrà esaminata caso per caso, sulla base del discrimine principale rappresentato dalla volontà delle parti. A seconda della corte presso la quale si finirà a litigare, e della legge applicabile, i criteri per valutare la validità di simili accordi potranno variare, per quanto è possibile individuare un *fil rouge*: secondo la legge dello stato di New York, ad esempio, bisognerà aver riguardo: i) al richiamo effettuato dalle parti alla futura redazione di un accordo contrattuale che abbia carattere definitivo⁷⁶; ii) al fatto che vi sia stata almeno una parziale esecuzione; iii) se la transazione in esame sia a tal punto complicata da necessitare specifiche puntualizzazioni scritte; iv) se siano rimasti punti essenziali del contratto ancora da chiarire⁷⁷, tema che si intreccia con il criterio generale della (v) *definiteness* degli accordi;

del contratto razionale, per la quale si rimanda a B. SCOTT, C. ALBERT, *Contract's role in relational contracts*, in *Virginia Law Review*, 1 May 2015, Vol.101(3), pag.559; I. MACNEIL – D. CAMPBELL, *The relational theory of contract: selected works of ian macneil*, London, Sweet & Maxwell, 2001.

⁷⁵ Oltre al già citato FARNSWORTH, *Precontractual liability*, cit. anche S. J. BURTON, E. A. ANDERSEN, *Contractual good faith*, Boston – New York, 1995.

⁷⁶ Al riguardo, tuttavia, si rimanda al caso *Arcadian*, nonché a quanto affermato da Farnsworth, secondo cui “*Although it is often said that a mere reference in a preliminary agreement to a “formal agreement to follow” may be some evidence that the parties did not intend to be bound by the preliminary agreement, it is just as often said that it does not conclusively show this*”; E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability*, op. cit. pag. 258.

⁷⁷ Il quadruplo test è stato teorizzato dai giudici nel caso *Teachers Ins. Annuity Ass'n v. Tribune*, cit.

infine, (vi) alla possibilità di dedurre dal tenore letterale complessivo un intento *to be bound*. Secondo la legge del Mississippi (che viene interpretata dai giudici in maniera particolarmente restrittiva con riferimento alle questioni in esame⁷⁸), tuttavia, i risultati di questi test potrebbero differire. Ciò, d'altronde, è proprio quello che è accaduto nel celebre caso *Texaco Inc., v. Pennzoil Co.*, dove, come visto, si sono avuti due risultati completamente differenti sulla medesima questione. Il canone guida della *certainty*, pertanto, così caro all'esperienza di *common law*, non sembra essere rispettato in pieno.⁷⁹

⁷⁸ Abbiamo, infatti, visto come il semplice richiamo contenuto nella lettera di intenti ad un futuro definitivo contratto vincolante sia ritenuto elemento sufficiente e idoneo per sostenere la non vincolatività di pattuizioni precontrattuali mediante le quali le parti si erano obbligate a proseguire le trattative secondo buona fede.

⁷⁹ A simili conclusioni è giunta anche la dottrina Americana, la quale ha notato le contraddittorie interpretazioni a cui a volte sono giunti i giudici d'oltreoceano. Cfr. A. SCHWARTZ - R. E. SCOTT, *Precontractual Liability And Preliminary Agreements*, in *Harvard Law review*, vol. 120 (2007), pag. 663.

Parte II

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELL'ESPERIENZA DEI PAESI DI COMMON LAW – INGHILTERRA

Sommario: 1. L'esperienza inglese – 2. Il *duty of good faith* (...) – 3. (...) ed il *duty to negotiate in good faith* – 4. Il ruolo della *break-up fee* clause nelle operazioni di *m&a* Spunti riflessivi

1. L'esperienza inglese

Come noto, la *contract law* inglese è il risultato prevalentemente dell'attività delle corti e delle relative sentenze, mentre la legislazione ha iniziato a svolgere un ruolo significativo solamente negli ultimi decenni. Essa si è sviluppata particolarmente negli ultimi due secoli, con l'aumento della centralità del ruolo svolto dal contratto nella società, a causa del passaggio da un'economia prevalentemente agricola a quella industriale¹.

In maniera simile a quanto visto per la definizione di contratto nel sistema statunitense (che deriva dall'esperienza di *common law* e, in particolare, dalla diffusione della celebre opera di BLACKSTON, *Commentaries on the law of England*²), la concezione di contratto corrisponde ad uno scambio di promesse, una *in consideration* dell'altra, che possiedono la fondamentale caratteristica di essere *enforceable e binding* ai sensi di legge. La sua principale funzione è quella di “*securing that the expectations created by a promise of future performance are fulfilled, or that compensation will be paid for its breach*”³. La centralità delle aspettative future rappresenta il motivo per cui risultano particolarmente importanti le regole che sono finalizzate

¹ J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 30th ed. Oxford University Press, 2016.

² Significativo il fatto che nei *Commentaries* circa 400 pagine siano dedicate alla disciplina della *law of property* e solo una trentina a quella del contratto. Oggi, per quanto la disciplina della *property* continui a svolgere un ruolo centrale, le proporzioni sarebbero probabilmente invertite.

³ Altre funzioni svolte sono quella di facilitare la pianificazione di quanto andrà fatto in futuro e prevedere eventuali contingenze, stabilire le rispettive responsabilità e le modalità di esecuzione della prestazione, nonché allocare i rischi inerenti la transazione; cfr. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, op. cit. pag. 3.

a garantire la certezza di quanto sia stato accordato tra le parti mediante il ricorso alla figura del contratto e la prevedibilità delle conseguenze delle azioni delle parti. Per quanto concerne gli altri elementi essenziali del contratto, poiché essi tendenzialmente coincidono con quelli già analizzati nel capitolo precedente in relazione all'esperienza americana (*definiteness, intention to create legal relations* etc.) non ci soffermeremo nuovamente sugli stessi, limitandoci a rimandare al relativo paragrafo al riguardo.

Il metodo tradizionale di formulazione del contratto è, anche in questo caso, rappresentato dal meccanismo di offerta e accettazione sicché, in loro mancanza, non si potrà parlare di contratto⁴. Offerta che può essere formulata secondo i termini che meglio si crede e che, se non piace, può essere rifiutata. Senza il consenso, quindi, non può sorgere alcuna responsabilità. Sono questi i tratti principali della *freedom to contract*, già incontrata in precedenza in relazione all'esperienza americana, da cui deriva il contraltare della *freedom not to contract* e, di conseguenza, la libertà di *walk away* fino a quando non ci si sia vincolati⁵.

Già da questa breve disamina dei tratti essenziali della *contract law* inglese si evince come vi sia poco spazio per concetti quale la *culpa in contrahendo* e buona fede nel corso delle negoziazioni. Le parti di una trattativa sono viste come soggetti antagonisti, ognuna della quali persegue il proprio esclusivo interesse. Fino a che non ci si spinge a commettere uno specifico

⁴ *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Company* [1984] 1 All ER 504. Il caso riguardava una richiesta di pagamento per beni che erano stati consegnati ai sensi di una lettera di intenti, nella quale, tuttavia, non era specificato chiaramente il prezzo né la data di consegna degli stessi. A causa di tali imprecisioni, la lettera di intenti non venne ritenuta una vera e propria offerta, capace di essere accettata e, per tanto, non era sussistente tra le parti alcun contratto. Tuttavia, poiché i beni erano stati consegnati, l'attore aveva diritto ad un'azione di restituzione del valore della prestazione effettuata. Si veda G. BREWER, *Examining letters of intent*, in *Contract Journal*, 2003, pag. 14. La soluzione appena citata non appare tuttavia soddisfacente per quei casi in cui vi sia stato sì un costo per una parte, ma senza un corrispettivo beneficio per l'altra. In una simile ipotesi, sembra che non vi sia alternativa se non sopportare le spese, in quanto non recuperabili, connesse all'alea intrinseca delle negoziazioni.

I casi in cui una lettera di intenti sia stata ritenuta così dettagliata al punto da ritenere che tra le parti si fosse perfezionato un accordo sono abbastanza rari. Si veda, al riguardo, *Wilson Smithett v. Bangladesh Sugar and Food Inds Corp.*, [1986] 1 Lloyd's Rep. 378, decisa dal giudice *Leggatt*, particolarmente sensibile alle tematiche connesse alla fase precontrattuale (si veda il citato caso *Yam Seng*, nonché la nota 19), S. BICKFORD-SMITH, *Letters of intent*, in *Solicitors Journal*, 149(45), 1403.

⁵ N. ANDREWS, *Contract law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2015, pag. 21.

tort, pertanto, non si potrà riporre alcun affidamento nel comportamento assunto dalla propria controparte nel corso delle trattative, essendo sufficiente la tutela rappresentata dalla possibilità di abbandonare le stesse. Questo principio è stato espresso in maniera netta in quello che viene pacificamente considerato il *leading case* con riguardo alle negoziazioni nella *case-law* anglosassone: il riferimento è chiaramente al caso *Walford v. Miles*⁶. Là, il celebre giudice *Ackner* affermò che:

«*Each party to negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to (...) withdraw*»

Se si aggiunge la generale ritrosia dei giuristi di *common law* nei confronti di principi generali, si coglie molto facilmente e senza alcuno stupore come le corti inglesi non riconoscano in generale alcuna dottrina assimilabile al concetto *Jhegeriano* di *culpa in contrahendo*⁷, né di buona fede nelle trattative. Simili nozioni risultano infatti eccessivamente vaghe e di difficile definizione, nonché interpretazione e conseguente applicazione. Non stupisce, pertanto, che il giurista inglese non sia abituato al concetto di *precontractual liability*, al quale solitamente non si trova nemmeno un paragrafo dedicato all'interno dei manuali di *contract law*, né monografie sul tema. Più noto, invece, risulta il concetto di *good faith*, in particolare in senso soggettivo, mentre quello oggettivo ha ripreso vigore grazie alla legislazione europea, soprattutto nell'ambito della disciplina dei consumatori⁸. Ciò, tuttavia, non significa che la fase prodromica alla conclusione di un contratto sia una «giungla senza regole»⁹. Sappiamo che il diritto inglese si è sviluppato in maniera preponderante tramite la *case-law* e, quindi, mediante le decisioni giurisprudenziali¹⁰. Un diritto rimediale, per forza di cose, mal si presta a fornire una disciplina

⁶ [1992] 2 AC 128, HL.

⁷ P. GILKER, *A role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English, French and Canadian law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, vol. 52, no. 4 (Oct., 2003), pag. 969.

⁸ «*The doctrine of good faith was first required to be considered in English contract law in the 1990s, with the European Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (93/13 EEC)*»; C. PERRY, *Good faith in english and us contract law*, op. cit., pag. 32.

⁹ N. ANDREWS, *Contract law*, op. cit. ibidem.

¹⁰ «*The development of English law generally [occurred] by the case-law method*»; J. F. O'CONNOR, *Good faith in English law*, Dartmouth Publishing Co. Ltd. (1990), pag. 101.

organica di un istituto, prestando piuttosto il fianco allo sviluppo di soluzioni frammentarie, tramite un approccio maggiormente patologico, che vada a colpire i singoli casi in cui sorga il problema, fornendo una soluzione specifica, *on a case-by-case basis*. Troviamo pertanto anche oltremania quel frastagliato ventaglio di soluzioni disorganiche, o *piecemeal solutions* (quali l'*unjust enrichment*, il *promissory estoppel* etc.) tipiche del sistema di *common law*, che caratterizza e distingue quest'ultimo dalla maggior parte dei sistemi giuridici dell'area del *civil law*. Come notato dal Lord Justice Bingham: «In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith (...) it is in essence a principle of fair and open dealing (...) English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions to demonstrated problems of unfairness»¹¹.

2. *Il duty of good faith (...)*

Il concetto di buona fede (soggettiva) trova terreno fertile dove svilupparsi nel *common law* inglese grazie all'attività della *Court of Chancery* quale corte di *equity*. La giurisdizione di questa corte, richiamandosi ai principi morali cristiani e finalizzata a mondare le anime, nonché espressione della coscienza del re, non può che essere la sede naturale dove un simile principio possa affermarsi¹². Ciononostante, esso non ha avuto quella fortuna che invece ha trovato in altri ordinamenti, come il nostro. Già nel medioevo, la ferma adesione alla *rule of law* e la visione opportunistica ed egoistica dell'uomo, dove prevaleva chi era più furbo, remavano contro il diffondersi di un simile principio¹³. Le difficoltà sistematiche connesse alla definizione del principio di buona fede non sono state certamente di aiuto. Per descrivere la *good faith*, infatti, si è fatto tendenzialmente ricorso ad altri ed ulteriori principi generici, quali *honesty*,

¹¹ *Interfoto Picture Library Ltd. V. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1987] EWCA Civ. 6.

¹² Per la precisione, è stato notato come il concetto di buona fede si fosse già sviluppato nel diritto canonico studiato dai chierici: “*The Court of Chancery, then, was not the first (nor the only) court in the history of English law to refer specifically to the concepts of good faith and conscience, but the general perception of the major role of the Chancellor and the Court of Chancery in the development of these concepts is quite justified*”; cfr. J. F. O'CONNOR, *Good faith*, op. cit. pag. 2.

¹³ *Year books no. 12 of Edward II* (Selden Society, vol. 65, 1950), pag. 4.

fairness e reasonableness. Inoltre, con riferimento alla buona fede oggettiva, il contratto non ha svolto un ruolo predominante nel corso della primissima evoluzione della società anglosassone, più incentrata sull'importanza della proprietà immobiliare (in particolare, i terreni che erano alla base della retribuzione del sistema feudale medievale grazie al quale il re Guglielmo I il conquistatore teneva vicini i cavalieri che lo avevano supportato nella conquista dell'Inghilterra¹⁴), e relative diatribe, mentre le controversie in materia contrattuale difficilmente erano in grado di turbare la pace del regno (e del Re). Tuttavia, i concetti di buona fede oggettiva, e soprattutto soggettiva, non sono alieni al giurista inglese. Ma mentre quest'ultima ha avuto comunque un seguito, la prima, essendo vista come una possibile fonte di responsabilità non volute, è stata tendenzialmente avversata.

Per quanto non esista nel diritto inglese un principio generale che regoli l'esecuzione (né, tanto meno, la formazione) dei contratti sottoponendola al rispetto del principio di buona fede (ancora di recente è stato affermato che “*there is no general doctrine of good faith in English contract law*”)¹⁵, se si procede ad un'analisi per tipologie contrattuali notiamo come esistano ambiti specifici in cui operi tale concetto. È il caso, ad esempio, dei contratti caratterizzati da *fiduciary relationships*, come nei rapporti di *agency*, dove si prevede che l'agente agisca in buona fede, informando il *principal* di tutte le circostanze rilevanti, o quando gli è lasciata discrezione nell'agire. Un altro esempio è rappresentato da quello dei contratti di assicurazione, dove il *Marine Insurance Act 1906* (modificato dal *Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012* e dall'*Insurance Act 2015*) all'art. 17 stabilisce che “*A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith*”.

Dal punto di vista del formante dottrinale, un ruolo di rilievo è svolto dalla dottrina degli *implied terms*, a cui si è fatto ricorso, ad esempio, per giustificare il divieto di irragionevoli modifiche unilaterali nei contratti di finanziamento¹⁶, o in relazione ad una procedura di offerta, imponendo all'organizzatore di condurre quest'ultima secondo buona fede¹⁷. Nel caso *Yam Seng Pte Ltd. V. International Trade Corp. Ltd.*¹⁸ il Lord Justice George Andrew Midsomer

¹⁴ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, op. cit. pag. 69.

¹⁵ *Compass Group UK and Ireland Ltd. v Mid-Essex Hospital Services NHS Trust Ltd.*, [2012] EWCA Civ. 781.

¹⁶ *Paragon Finance plc. V. Nash*, [2001] EWCA Civ. 1466.

¹⁷ *Pratt Contractors Ltd. V. Transit New Zealand*, [2005] 2 NZLR 433.

¹⁸ [2013] EWHC 111.

Leggatt si è espresso a favore di un utilizzo più energico dell'*implied term* della buona fede, che vada oltre il mero divieto di mentire, e a favore del ricorso al concetto di *fair dealing*, specialmente in quei contratti che richiedono una fiducia reciproca tra le parti, cosiddetti "*relational contracts*"¹⁹, quali gli accordi di joint venture, i *franchise agreement*, nonché gli

¹⁹ Il giudice *Leggatt* ha speso un'ampia parte della sentenza nel tentativo di motivare il perché il diritto inglese dovrebbe riconoscere la buona fede quale *implied contract term*, della quale se ne riporta un passaggio significativo "123. Three main reasons have been given for what Professor McKendrick has called the "traditional English hostility" towards a doctrine of good faith: see McKendrick, *Contract Law* (9th Ed) pp.221-2. The first is the one referred to by Bingham LJ in the passage quoted above: that the preferred method of English law is to proceed incrementally by fashioning particular solutions in response to particular problems rather than by enforcing broad overarching principles. A second reason is that English law is said to embody an ethos of individualism, whereby the parties are free to pursue their own self-interest not only in negotiating but also in performing contracts provided they do not act in breach of a term of the contract. The third main reason given is a fear that recognising a general requirement of good faith in the performance of contracts would create too much uncertainty. There is concern that the content of the obligation would be vague and subjective and that its adoption would undermine the goal of contractual certainty to which English law has always attached great weight.

124. In refusing, however, if indeed it does refuse, to recognise any such general obligation of good faith, this jurisdiction would appear to be swimming against the tide. As noted by Bingham LJ in the *Interfoto* case, a general principle of good faith (derived from Roman law) is recognised by most civil law systems – including those of Germany, France and Italy. From that source references to good faith have already entered into English law via EU legislation. For example, the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, which give effect to a European directive, contain a requirement of good faith. Several other examples of legislation implementing EU directives which use this concept are mentioned in Chitty on Contract Law (31st Ed), Vol 1 at para 1-043. Attempts to harmonise the contract law of EU member states, such as the Principles of European Contract Law proposed by the Lando Commission and the European Commission's proposed Regulation for a Common European Sales Law on which consultation is currently taking place, also embody a general duty to act in accordance with good faith and fair dealing. There can be little doubt that the penetration of this principle into English law and the pressures towards a more unified European law of contract in which the principle plays a significant role will continue to increase.

125. It would be a mistake, moreover, to suppose that willingness to recognise a doctrine of good faith in the performance of contracts reflects a divide between civil law and common law systems or between continental paternalism and Anglo-Saxon individualism. Any such notion is gainsaid by that fact that such a doctrine has long been recognised in the United States. The New York Court of Appeals said in 1918: "Every contract implies good faith and fair dealing between the parties to it": *Wigand v Bachmann-Bechtel Brewing Co*, 222 NY 272 at 277. The Uniform Commercial Code, first promulgated in 1951 and which has been adopted by

many States, provides in section 1-203 that "every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement." Similarly, the Restatement (Second) of Contracts states in section 205 that "every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement."

126. In recent years the concept has been gaining ground in other common law jurisdictions. Canadian courts have proceeded cautiously in recognising duties of good faith in the performance of commercial contracts but have, at least in some situations, been willing to imply such duties with a view to securing the performance and enforcement of the contract or, as it is sometimes put, to ensure that parties do not act in a way that eviscerates or defeats the objectives of the agreement that they have entered into: see e.g. *Transamerica Life Inc v ING Canada Inc* (2003) 68 OR (3d) 457, 468.

127. In Australia the existence of a contractual duty of good faith is now well established, although the limits and precise juridical basis of the doctrine remain unsettled. The springboard for this development has been the decision of the New South Wales Court of Appeal in *Renard Constructions (ME) Pty v Minister for Public Works* (1992) 44 NSWLR 349, where Priestley JA said (at 95) that:

"... people generally, including judges and other lawyers, from all strands of the community, have grown used to the courts applying standards of fairness to contract which are wholly consistent with the existence in all contracts of a duty upon the parties of good faith and fair dealing in its performance. In my view this is in these days the expected standard, and anything less is contrary to prevailing community expectations."

128. Although the High Court has not yet considered the question (and declined to do so in *Royal Botanic Gardens and Domain Trust v Sydney City Council* (2002) 186 ALR 289) there has been clear recognition of the duty of good faith in a substantial body of Australian case law, including further significant decisions of the New South Wales Court of Appeal in *Alcatel Australia Ltd v Scarcella* (1998) 44 NSWLR 349, *Burger King Corp v Hungry Jack's Pty Ltd* [2001] NSWCA 187 and *Vodafone Pacific Ltd v Mobile Innovations Ltd* [2004] NSWCA 15.

129. In New Zealand a doctrine of good faith is not yet established law but it has its advocates: see in particular the dissenting judgment of Thomas J in *Bobux Marketing Ltd v Raynor Marketing Ltd* [2002] 1 NZLR 506 at 517.

130. Closer to home, there is strong authority for the view that Scottish law recognises a broad principle of good faith and fair dealing: see the decision of the House of Lords in *Smith v Bank of Scotland*, 1997 SC (HL) 111 esp. at p.121 (per Lord Clyde).

131. Under English law a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract, for example contracts of employment and contracts between partners or others whose relationship is characterised as a fiduciary one. I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognise a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts. Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties".

accordi di distribuzione di lunga durata. Anche senza ricorrere alla figura degli *implied term*, la giurisprudenza anglosassone ha sporadicamente enunciato principi di buona fede, assimilabili a quello derivante dal nostro art. 1337 cod. civ., sulla base dei quali è stata valutata la condotta delle parti²⁰. Non mancano tuttavia sentenze di segno opposto, in cui i giudici si sono rifiutati di desumere un obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto²¹.

La giurisprudenza ha fatto ricorso anche ad altri rimedi per tutelare fattispecie specifiche di violazione della buona fede, similmente a come avvenuto negli Stati Uniti, mediante l'utilizzo della figura dell'*equitable estoppel*²², dell'*unjust enrichment*²³, *duress*, *undue influence*, *misrepresentation* etc.

Anche a livello legislativo, la presa di coscienza del fatto che spesso i rapporti di forza tra le parti fossero squilibrati ha gradatamente portato all'introduzione di specifici obblighi connessi al più generale dovere di comportarsi secondo buona fede: si pensi al *Carriage of the*

²⁰ *Interfoto Picture Library Limited v Stiletto Visual Programmes Limited*, cit. riguarda un caso in cui un'agenzia pubblicitaria aveva richiesto alcune fotografie per una presentazione. L'attore aveva quindi spedito 47 diapositive a cui aveva allegato una nota di consegna in cui specificava come queste dovessero essere restituite entro 14 giorni, a partire dal quale sarebbe stata caricata una penale di 5 sterline al giorno per diapositive. L'agenzia, tuttavia, non si accorse della nota e riconsegnò le diapositive in ritardo di due settimane. Quando le venne richiesto di pagare la penale, questa si rifiutò. I giudici, nel respingere le pretese attoree, sottolinearono come, quando una condizione risulti particolarmente gravosa per una parte, colui il quale cerchi di farla rispettare debba dimostrare di averla correttamente portata all'attenzione di controparte. Pur in assenza di un generico principio di buona fede, i giudici ritennero che la soluzione a cui erano giunti non si discostasse da quella a cui sarebbe arrivata una corte di civil law: "*The tendency of the English authorities has, I think, been to look at the nature of the transaction in question and the character of the parties to it; to consider what notice the party alleged to be bound was given of the particular condition said to bind him; and to resolve whether in all the circumstances it is fair to hold him bound by the condition in question. This may yield a result not very different from the civil law principle of good faith, at any rate so far as the formation of the contract is concerned*".

²¹ In particolare, si vedano i casi *Hamsard 3147 Ltd. v Boots UK Ltd.*, [2013] EWHC 3251 (Pat); *TSG Building Services v South Anglia Housing* [2013] EWHC 1151 (TCC); *Acer Investment Management v Mansion Group* [2014] EWHC 3011 (QB); *Myers v Kestrel Acquisitions* [2015] EWHC 916 (Ch).

²² Come nel caso *Central London Property Trust v High Trees House Ltd* [1947] KB 130.

²³ *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Company*, cit. M. FURMSTON, *Letters of intent, Contract formation and parties*, op. cit.

*Sea Act 1924*²⁴, all'*Hire and Purchase Act 1938*, al *Sale of Goods Act 1893*²⁵, fino ad arrivare all'*Unfair Contract Terms Act 1977*²⁶. In particolare, la *contract law* inglese ha certamente subito l'influenza comunitaria, soprattutto nella disciplina dei contratti con i consumatori. Si pensi alla Direttiva 93/13/EEC del 5 aprile 1993²⁷ (concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), recepita dalla *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (SI 1999/2083), successivamente revocata dal *Consumer Rights Act 2015*²⁸. Si precisa tuttavia che l'influenza esercitata dalla Direttiva in commento è limitata da diverse considerazioni: innanzitutto, il *Consumer Rights Act* che la recepisce regola solamente l'esecuzione del contratto, ma tace con riferimento all'ambito delle negoziazioni (similmente a come abbiamo visto parlando dello *Uniform Commercial Code* statunitense); in secondo luogo, l'ambito di applicazione è quello dei contratti con i consumatori, da cui rimangono pertanto esclusi i contratti di affari (c.d. *arm's length transactions*), oggetto del presente lavoro. Di conseguenza, la dottrina si è divisa sull'effettivo ingresso (o meno) del principio di buona

²⁴ Il quale introdusse limiti alla possibilità di ridurre sotto un determinato livello le responsabilità del vettore.

²⁵ Questi atti introdussero importanti previsioni in materia di *implied terms* a favore della parte debole della transazione.

²⁶ W. V. H. ROGERS, M. G. CLARKE, *The Unfair Contract Terms Act 1977*, Londra (1978); S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, (2000), pag. 47.

²⁷ La quale, al sedicesimo considerando, nonché all'art. 3.(1), fa espresso menzione del principio di buona fede: “Whereas the assessment, according to the general criteria chosen, of the unfair character of terms, in particular in sale or supply activities of a public nature providing collective services which take account of solidarity among users, must be supplemented by a means of making an overall evaluation of the different interests involved; whereas this constitutes the requirement of good faith; whereas, in making an assessment of good faith, particular regard shall be had to the strength of the bargaining positions of the parties, whether the consumer had an inducement to agree to the term and whether the goods or services were sold or supplied to the special order of the consumer; whereas the requirement of good faith may be satisfied by the seller or supplier where he deals fairly and equitably with the other party whose legitimate interests he has to take into account”; “A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer”.

²⁸ Il quale richiama il concetto di buona fede all'art. 62.(4): “A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer”.

fede nel diritto inglese²⁹. Senza dire che gli scenari futuri relativi all'uscita dell'Inghilterra dall'Unione Europea gettano un'ulteriore ombra sull'influenza che in futuro la legislazione comunitaria sarà in grado di esercitare.

3. (...) ed il *duty to negotiate in good faith*

Per quanto, come visto sopra, il concetto di buona fede in generale sia andato incontro, soprattutto recentemente, a una certa diffusione nel sistema inglese, non può dirsi altrettanto con riferimento all'applicazione dello stesso alla fase delle trattative. Il principio della *freedom not to contract*, nonché il binomio presenza – assenza del contratto (derivato dell'*all or nothing approach*) hanno precluso il diffondersi di una simile responsabilità³⁰. I giuristi inglesi ritengono soddisfacenti i vari rimedi sviluppati dalla loro giurisprudenza. Riconoscere un simile obbligo invischierebbe le corti in complesse indagini sulle ragioni che hanno fatto venir meno le trattative, nonché comporterebbe l'impossibile esercizio di calcolare i danni derivanti dalla violazione del dovere in commento (le negoziazioni sarebbero giunte a conclusione o sarebbero in ogni caso fallite? In caso di esito positivo, a cosa avrebbero condotto di preciso?)³¹. Addirittura, si ritiene che incrementerebbe la litigiosità ed i contenziosi, aumentando l'incertezza e diminuendo la prevedibilità del diritto³². Risulta poi arduo individuare una *consideration* in grado di sostenere la validità di una simile pattuizione. Non solo, pertanto, il diritto inglese non riconosce il principio della buona fede nella fase delle negoziazioni, ma

²⁹ R. BROWNSWORD, N. J. HIRD, G. HOWELLS, *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate/Dartmouth, 1999; G. TEUBNER, *Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies*, in *The Modern Law Review*, vol. 61, n. 1, 1998.

³⁰ “The basic principle of freedom to contract (which includes the freedom not to contract), and the absence of any legally relevant intermediate stage between contract and no-contract, often makes it difficult to identify a possible cause of action for breaches of good faith in the negotiation stage”; J. F. O’CONNOR, *Good faith*, *op. cit.* pag. 36.

³¹ Secondo le parole di un giudice inglese, con riguardo alla validità di un contratto con il quale le parti si erano vincolate a negoziare tra di loro: “a contract to negotiate (...) is too uncertain to have any binding force. No court could estimate the damages because no one can tell whether the negotiations would be successful or would fall through: or if successful, what the result would be”, *Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.* [1975] 1W.L.R. 297.

³² N. ANDREWS, *Contract law*, *op. cit.* pag. 595 e ss.

addirittura non ritiene neppure valido un accordo con il quale le parti si vincolino a negoziare in buona fede i termini del contratto principale. È questa la massima che emerge dal caso più rilevante in materia di responsabilità contrattuale in Inghilterra: il già citato caso *Walford v. Miles*. Appare tuttavia contraddittorio affermare, da un lato, che le parti sono libere di decidere quando vincolarsi³³, dall'altro, limitare tale possibilità all'utilizzo del contratto. Una simile conclusione appare svuotare di contenuto la premessa dalla quale muove. Se le parti sono davvero libere di decidere "quando" vincolarsi, non si vede per quale motivo non possano decidere anche "come".

Tornando al caso *Walford v. Miles*, in quel caso le parti sottoscrissero un accordo preliminare al fine di regolare la condotta delle negoziazioni relative alla vendita di un'attività fotografica. Il venditore/convenuto, in particolare, si era obbligato a contrattare la cessione solamente con l'attore, mentre l'accordo principale relativo alla vendita conteneva la dicitura "*subject to contract*" e non era, pertanto, vincolante. Il prezzo accordato era di due milioni. Poiché l'attuale proprietario dell'attività era malato, e non voleva assistere l'acquirente una volta perfezionato il trasferimento, esso, in violazione degli accordi, cedette l'attività ad un terzo, il quale non necessitava, a differenza dell'attore, di alcuna assistenza nel gestire l'attività nel periodo successivo alla vendita. La *House of Lord* (ora Corte Suprema) rigettò la domanda, ritenendo l'accordo relativo alle trattative eccessivamente vago ed incerto, in particolare in quanto non specificava la durata del *lock-out agreement*. Nelle parole dei giudici "*The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable, is simply because it lacks the necessary certainty (...) How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? (...) [How] is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an agreement? (...) Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content*".

I principi espressi dalla sopra riportata sentenza sono ancora attuali nel pensiero giuridico d'oltremania. Più recentemente, infatti, la non vincolatività di un accordo a negoziare è stata

³³ *Pagnan S.p.A. v. Feed Products Ltd.* [1987] 2 *Lloyd's Rep* 615, dove i giudici sottolineano come le parti siano "*the masters of their contractual fate*".

ribadita nel caso *Barbudev v. Eurocom Cable Management Bulgaria Eood*³⁴ (relativo, tra l'altro, ad un caso di acquisizione). Parimenti, è stato ritenuto *not enforceable* l'accordo con il quale le parti si impegnino ad usare i “best” o “reasonable endeavours” al fine di raggiungere un accordo, in quanto eccessivamente incerto e indeterminato³⁵. Ancora, nel caso *Shaker v Vistajet Group Holding SA*³⁶ i giudici si sono rifiutati di dare efficacia ad una lettera di intenti in forza della quale il venditore avrebbe dovuto restituire all'acquirente un deposito nel caso in cui, nonostante l'esercizio della buona fede e l'impegno a fare tutto quanto possibile, le parti non fossero state in grado di raggiungere un accordo. La corte ritenne simili impegni impossibili da far rispettare in quanto non vi erano criteri oggettivi in forza dei quali valutare se una parte avesse agito in maniera irragionevole poichè “*a duty to negotiate in good faith is unworkable because it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party*”. Tuttavia, quando tra le parti vi sia già un accordo principale pienamente valido, vi sia stata una parziale esecuzione dello stesso e le parti sottoscrivano un ulteriore ancillare accordo con il quale si vincolano a negoziare tra di loro questioni marginali, nel quadro di una più complessa transazione, un siffatto *agreement to agree* è stato ritenuto valido³⁷. Parimenti, è stato ritenuto efficace un *lock-out agreement* che vincolava le parti a non negoziare con terzi per un periodo di due settimane³⁸. Si segnalano inoltre due sentenze: la prima, *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras*³⁹, dove, per quanto i giudici abbiano ritenuto nel caso di specie che l'accordo a negoziare in buona fede non fosse *enforceable* perché formulato in maniera troppo vaga, in un *obiter* non è stata esclusa la possibilità, in astratto, che una simile pattuizione possa

³⁴ [2012] EWCA Civ. 548. Conformi, *Shaker v Vistajet Group Holdings SA* [2012] EWHC 1329 (Comm); [2012] 2 Lloyd's Rep; *jet2.com v Blackpool Airport Ltd* [2012] EWCA Civ 417; [2012] 2 All ER (Comm) 1053.

³⁵ *London & Regional Investments Ltd. v. TBI plc.* [2002] EWCA Civ. 355, S. DUNCAN, *Equitable fraud in non-contractual agreements over land*, in *King's Law Journal*, 2007, Vol.18(1), pag.168.

³⁶ [2012] EWHC 1329 (Comm) (Teare J.).

³⁷ *MRI Trading AG v. Erdenet Mining Corp. LLC* [2013] EWCA Civ. 156.

³⁸ *Pitt v. PHH Asset Management Ltd.*, [1994] 1 WLR 327 CA; J. MICHAEL, H. STEPHEN, W. SUZANNE, *The Law Teacher*, 1st January 1997, Vol.31(1), p.13.

³⁹ [2005] EWCA Civ 891.

essere ritenuta valida ed efficace⁴⁰; e *Knatchbull-Hugessen & ors. v SISU Capital Ltd.*⁴¹. Per quanto le sentenze da ultimo citate possano apparire isolate, esse hanno trovato anche il supporto di parte della dottrina, che ha affermato come “*If English courts are to address the economic significance of agreements to negotiate in contemporary business, including in cross-border dealings, they will be under growing pressure to reconsider their unenforceability in English law*”⁴². Qualcosa, quindi, sembra si stia muovendo⁴³.

⁴⁰ “*it is not irrelevant that it is an express obligation which is part of a complex agreement drafted by City of London solicitors and issued under the imprint of Linklater & Paines (as Linklaters were then known). It would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered. I have already observed that it is of comparatively narrow scope. To decide that it has “no legal content” to use Lord Ackner’s phrase would be for the law deliberately to defeat the reasonable expectations of honest men, to adapt slightly the title of Lord Steyn’s Sultan Azlan Shah lecture delivered in Kuala Lumpur on 24th October 1996 (113 LQR 433 (1977)). At page 439 Lord Steyn hoped that the House of Lords might reconsider Walford v Miles with the benefit of fuller argument. That is not an option open to this court. I would only say that I do not consider that Walford v Miles binds us to hold that the express obligation to negotiate as contained in clause 12.4 of the Supervision Agreement is completely without legal substance*”. Tale passaggio non pare aver tuttavia lasciato un segno significativo, anche in considerazione del caso *Barbudev*, il quale a distanza di sette anni si è discostato dalla sentenza in commento.

⁴¹ [2014] EWHC 1194 (QB). Anche in questo caso, i giudici sembrano riconoscere in astratto la possibilità per le parti di vincolarsi a negoziare in buona fede.

⁴² L. TRAKMAN, K. SHARMA, *The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith*, (2014) 73 *Cambridge Law Journal*, pag. 598. Secondo gli autori, gli ostacoli di natura legale al riconoscimento dell’efficacia degli *agreement to negotiate* sono stati troppo enfatizzati mentre, considerato il loro valore commerciale derivante dall’applicazione degli stessi, sarebbe giunta l’ora per le corti di *common law* di riconoscere il loro valore legale.

⁴³ Ancora, in una controversia relativa ad un aspetto procedurale, riguardante il rispetto delle condizioni in forza delle quali era possibile fare ricorso ad una clausola arbitrale, è stato ritenuto che la previsione che imponeva alle parti di intraprendere discussioni amichevoli prima di procedere con l’arbitrato fosse vincolante, in quanto ritenuta sufficientemente certa, permettendo in tal modo alla corte di discostarsi dal caso *Walford*. Si sottolinea tuttavia che la clausola in discussione faceva parte di un contratto definitivo e non di un *agreement to negotiate*. Pertanto, seppur certamente interessante e degna di nota, la portata della decisione appare tuttavia limitata. *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd*, [2014] EWHC 2104.

Si segnala come non siano mancate critiche alla decisione del caso *Walford*⁴⁴. Secondo un autore, in particolare, un accordo con il quale ci si vincoli a negoziare in buona fede potrebbe essere ritenuto valido nel caso in cui le parti, con esso, dimostrino la propria volontà di creare “*legal relations*”, nonché sussistano criteri, impliciti od espliciti, che regolino un siffatto accordo⁴⁵. Ancora, è stato messo in discussione se sia corretto che le corti si rifiutino di riconoscere e dare effetto ad una promessa commerciale a cui entrambe le parti hanno voluto conferire efficacia⁴⁶. Rilievi critici sono stati mossi nei confronti di decisioni come quelle del caso *Walford* anche da Farnsworth il quale, qualche anno prima, aveva dichiarato che “*Some courts have refused to enforce such agreements to negotiate, even where the parties have explicitly undertaken an obligation of fair dealing. These decisions are wrong. Courts generally enforce private agreements that do not offend public policy. They have not balked at enforcing obligations of fair dealing in connection with negotiation under the regimes of ultimate agreement and agreement with open terms. There is no adequate reason to refuse to give effect to the explicit intention of the parties to an agreement to negotiate*”⁴⁷. Tuttavia, sia nella dottrina che nella giurisprudenza inglesi, simili posizioni appaiono ancora minoritarie.

In conclusione, si può affermare come nel diritto inglese, se da un lato vi sia un’espansione della figura della buona fede, nell’ambito di tutti i formanti del diritto, per quanto permanga una certa ritrosia nei confronti di principi generici di difficile individuazione, dall’altro l’approccio a tematiche di responsabilità precontrattuale e *culpa in contrahendo* appaia ancora restrittivo, seppur con qualche spiraglio in presenza di determinate circostanze. La validità ed efficacia di lettere di intenti redatte in maniera precisa e, per quanto possibile

⁴⁴ Solo parzialmente critico risulta LORD J. STEYN, *Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest man*, in *The Law Quarterly Review*, (1997), vol. 113, pag. 433, il quale, da un lato, riconosce le centralità del concetto di buona fede, dall’altro, ritiene che il diritto inglese, per quanto non enunci in maniera espresso un simile principio, abbia sviluppato nel tempo soluzioni in grado di adeguatamente tutelare i ragionevoli affidamenti delle parti.

⁴⁵ H. HOSKINS, *Contractual obligations to negotiate in good faith: faithfulness to the agreed common purpose*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 130, (2014), *Sweet & Maxwell*, pag. 131; A. BERG, *Promises to negotiate in good faith*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 119, (2003) *Sweet & Maxwell*, pag. 357.

⁴⁶ R. P. BUCKLEY, *Walford v. Miles: false certainty about uncertainty – an Australian perspective*, in *Journal Contract Law* (1993), vol. 6, pag. 58. Secondo l’Autore, l’approccio della legge Australiana sul tema risulterebbe maggiormente flessibile.

⁴⁷ E. ALLAN FARNSWORTH, *Precontractual liability*, *op. cit.*, pag. 286.

completa, nonché l'uso di espressioni che dimostrino in maniera certa l'intenzione delle parti ad essere vincolate a contrarre in buona fede, con una determinata controparte, entro specifici limiti di tempo, non appare più peregrina come un tempo. Tuttavia, stante l'atteggiamento in parte contraddittorio assunto dalle corti (dove vi è una maggioranza di decisioni di natura conservativa, ma non in mancanza di moti più permissivi) non pare che gli operatori professionali possano ancora fare pieno affidamento sulla vincolatività di simili pattuizioni.

4. *Il ruolo della break-up fee clause nelle operazioni di m&a. Spunti riflessivi.*

In chiusura del precedente paragrafo abbiamo visto come, nonostante il ricorso a lettere di intenti con le quali le parti si siano vincolate a negoziare tra di loro in buona fede, ciò non garantisca che un simile accordo venga, innanzitutto, rispettato e, in secondo luogo, dichiarato *binding* ed *enforceable* da un giudice britannico. Per questo motivo la prassi ha adottato soluzioni differenti al fine di tutelarsi da fuoriuscite inaspettate dalle trattative nell'ambito delle operazioni straordinarie. Il tema, come già detto, è particolarmente rilevante perché in questa tipologia di transazioni le parti vanno incontro a spese molto significative nella fase delle negoziazioni, che contano di recuperare solamente nel caso in cui l'operazione si concluda mentre, nel caso contrario, esse andranno irrimediabilmente perse.

Poiché, come visto, la possibilità di limitare il diritto di *walk away* della controparte appare assai limitato nell'esperienza di *common law*, uno degli strumenti che è stato sviluppato dagli operatori economici, in particolar modo nella realtà americana, è rappresentato dalle cosiddette *break-up fee*⁴⁸ *clauses* (e dal loro contraltare, le *reverse break-up fee clauses*⁴⁹). Con una simile clausola le parti di un'operazione di *m&a* stabiliscono che, stante la libertà del venditore di tirarsi indietro dalle trattative (o accettare l'offerta di un terzo), nel caso in cui l'operazione non si concluda per simili ragioni imputabili a quest'ultimo, la parte venditrice dovrà pagare all'acquirente deluso una somma, individuata nella clausola, che ha la funzione di aiutare l'acquirente a recuperare, almeno parzialmente, le somme investite nelle trattative finalizzate alla realizzazione del *deal* (e, quindi, i costi degli *advisors*, il tempo sprecato e le

⁴⁸ A volte chiamate *termination fee*, *inducement fees*, *bust-up fees*, e *drop-dead fees*.

⁴⁹ Mentre le *break-up fees* sono a carico del venditore, le *reverse break-up fees* sono a carico dell'acquirente che si ritiri dalle trattative.

opportunità lasciate perdere)⁵⁰. Una simile pattuizione ha certamente la conseguenza di far prendere l'operazione in maniera molto seria, dato che le somme che ci si può veder costretti a corrispondere possono essere anche molto elevate⁵¹. Tenzialmente, il valore della *break-up fee* nella realtà americana si aggira tra il 3% ed il 5% del valore complessivo della transazione, a seconda della sua natura⁵², mentre in Inghilterra i valori sono più bassi⁵³. L'applicazione di simili previsioni non è tuttavia esente da complicazioni: anche in Inghilterra, di fatti, esiste il principio generale che vieta l'assistenza finanziaria da parte delle società in relazione all'acquisizione delle azioni proprie; nel caso in cui la somma da pagare sia eccessivamente alta, i giudici potrebbero ritenerla una penale⁵⁴. Allo stato, il terreno di indagine appare ancora

⁵⁰ Se ne riporta di seguito un esempio standard per i casi di acquisizioni di azioni: “*Breakup Fee. In the event that this Agreement is terminated by Seller pursuant to Section [●], Seller shall pay to Purchaser a fee (the “Breakup Fee”) equal to [●]Percent ([●]%) of the Initial Cash Consideration, such fee to be payable on the closing of the Alternative Transaction. No Breakup Fee shall be payable to the extent the closing of the Alternative Transaction does not occur. Such payment will be made by wire transfer in immediately available funds to an account designated by Purchaser. Purchaser shall have the right to be paid the Breakup Fee from the first proceeds of the Alternative Transaction for any of the Purchased Shares or Purchased Assets. The Parties acknowledge and agree that the Breakup Fee represents Purchaser’s fee for its work in establishing a bid standard or minimum for other Qualified Bids and for serving, by its name and its expressed interest, as a catalyst for other Qualified Bids*”.

⁵¹ Si consideri il caso americano in cui il fondo di *private equity* Cerberus pagò la straordinaria somma di 100 milioni di dollari a seguito del mancato completamento dell'operazione di acquisizione della *United Rentals Inc.* (per un corrispettivo di quattro miliardi); *Cerberus Agrees To Pay United Rentals \$100M Breakup Fee*, *FinancialWire*, Dec. 26, 2007, pag. 1.

⁵² Al riguardo inciderà la natura pubblica o privata della *target*, il fatto che si stesse procedendo ad uno *stock purchase* o ad un *asset purchase* etc. Tenzialmente i valori sono più alti nei casi di *reverse break-up fee* per compensare il fatto che, in questo caso, alla fine nessuna operazione è stata conclusa. *Breakup Fees — Picking Your Number*, in *Kirkland M&A Update, September 6, 2012*, disponibile al sito www.kirkland.com. Con riferimento all'Inghilterra, si segnala che le *break-up fee clauses* (ma non le *reverse*) non sono più permesse (salvo rare eccezioni) nei casi relativi a società quotate, a seguito della riforma del 2011 dell'*UK Takeover Code*, per il timore che tali meccanismi di protezione potessero scoraggiare la competitività tra offerenti.

⁵³ Si consideri che quando la società è quotata a Londra, le *Listing Rules* della *UK Listing Authority* (ora parte della *Financial Conduct Authority*) impongono il limite dell'1% al valore della *break-up fee*.

⁵⁴ S. DAVIS, K. BALL-DODD, *Deal protection mechanisms in the US and the UK*, in *Cross-Border Handbooks*, reperibile al sito www.practicallaw.com.

relativamente scarno⁵⁵, ma la validità di simili accordi non pare in discussione⁵⁶. Sicuramente utile per il giurista di *civil law* sarebbe una sentenza che affronti in maniera precisa il tema della legittimità di simili previsioni contrattuali, confrontandole alla non vincolatività degli accordi di negoziare in buona fede.

Infine, si segnala che la clausola in esame non pare abbia trovato particolare diffusione nel nostro ordinamento, data anche la differente disciplina relativa alla fase delle trattative. Tuttavia, il tema desta interesse, ed è ipotizzabile che nel nostro ordinamento la regolamentazione di simili clausole andrebbe incontro agli stessi limiti presenti nell'ordinamento inglese.

⁵⁵ Per un interessante articolo in tema di trattative, responsabilità precontrattuale e *break-up fee* si rimanda a O. GROSSKOPF; B. MEDINA, *A Revised Economic Theory of Disclosure Duties and Break-up Fees in Contract Law*, 13 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* pag. 148, (2007).

⁵⁶ Di recente, la validità di una *break-up fee* del valore di svariati milioni, ma in ogni caso pari al 3% del valore complessivo dell'intera operazione, è stata ritenuta valida dalla *Court of Chancery* del *Delaware*: *Southeastern Pennsylvania Transportation Authority v. Abbvie Inc.*, 2015 Del. Ch. Lexis 110 (Del. Ch. Apr. 15, 2015).

CAPITOLO III

ANALISI ECONOMICA E TRATTATIVE

Sommario: 1. Introduzione alla tematica – 2. *Decision theory*, brevi cenni – 3. Posizioni antagoniste dei contraenti e teoria dei giochi – 4. Asimmetrie informative e selezione avversa. Il ruolo della buona fede precontrattuale – 5. L'analisi economica della responsabilità precontrattuale

1. Introduzione della tematica

Ora che abbiamo delineato, almeno nei tratti essenziali, la disciplina della fase delle trattative negli ordinamenti oggetto di analisi (Italia, Stati Uniti ed Inghilterra), con particolare focus sull'ambito delle operazioni straordinarie, possiamo passare a “testare” l'efficacia delle soluzioni fino ad ora elencate in chiave giuseconomica, al fine di valutare se queste siano in grado di creare affidamenti ottimali, producendo i giusti incentivi, nonché in che modo, ed entro quale grado, la disciplina della responsabilità precontrattuale sia in grado di influire sulle scelte

dei consociati¹. Il tema non risulta certamente nuovo nella dottrina di *common law*², mentre appare relativamente ancora poco esplorato, in confronto a quella, nel nostro ordinamento³.

Per fare ciò, ci avvarremo di strumenti tratti da altre scienze e, in particolare, dalla *decision analysis* e della teoria dei giochi, che forniscono un valido aiuto a rendere maggiormente concreta qualsiasi analisi giuridica che abbia la pretesa di essere pratica e non meramente teorica. Si renderanno pertanto necessari brevi cenni introduttivi al fine di delineare il metodo che verrà utilizzato per effettuate tali valutazioni.

¹ La comparazione tra i vari modelli in chiave giuseconomica ha fini meramente descrittivi, senza pretesa di individuare quale modello sia migliore. Come è infatti noto “*il ruolo dell’analisi economica del diritto non è tanto quello di indicare la risposta esatta, perché produttiva di esiti allocativi ottimali, ad ogni quesito giuridico, bensì quello di riformulare le domande in modo più corretto per una migliore definizione dei problemi di volta in volta in esame*”, D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, op. cit. pag. 109.

² Già negli anni trenta del secolo scorso è possibile reperire articoli sul tema: L. L. FULLER, W. R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, in *The Yale Law Journal*, vol. 46, (1936), pag. 52; *The Reliance Interest in Contract Damages: 2*, in *The Yale Law Journal*, vol. 46, (1937), pag. 373; G. R. SHELL, *Opportunism and trust in the negotiation of commercial contracts: toward a new cause of action*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 44, (1991) pag. 222; J. P. KOSTRITSKY, *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations*, in *Hastings Law Journal*, vol. 44 (1993) pag. 621; R. CRASWELL, *Offer, acceptance and efficient reliance*, in *Stanford Law Review*, vol. 48 (1996) pag. 481; A. W. KATZ, *When Should an offer stick? The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations*, in *The Yale Law Journal*, vol. 105 (1996), pag. 1249; L. A. BEBCHUK – O. BEN-SHAHAR, *Precontractual reliance*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 30, (2001), pag. 423; A. SCHWARTZ - R. E. SCOTT, *Precontractual Liability And Preliminary Agreements*, in *Harvard Law review*, vol. 120 (2007), pag. 661; J. P. KOSTRITSKY, *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Holdup Problem*, vol. 61 *S.M.U. L. Rev.* pag. 1377, (2008).

³ Si segnalano, con specifico riferimento al connubio analisi economia – responsabilità precontrattuale, L. M. FRANCIOSI, *Gli affidamenti precontrattuali ed il contributo dell’analisi economica del diritto*, in *Trattative e due diligence*, op. cit. pag. 401; D. CARUSO, *Responsabilità precontrattuale ed analisi economica del diritto*, in *La culpa in contrahendo*, op. cit., pag. 83.

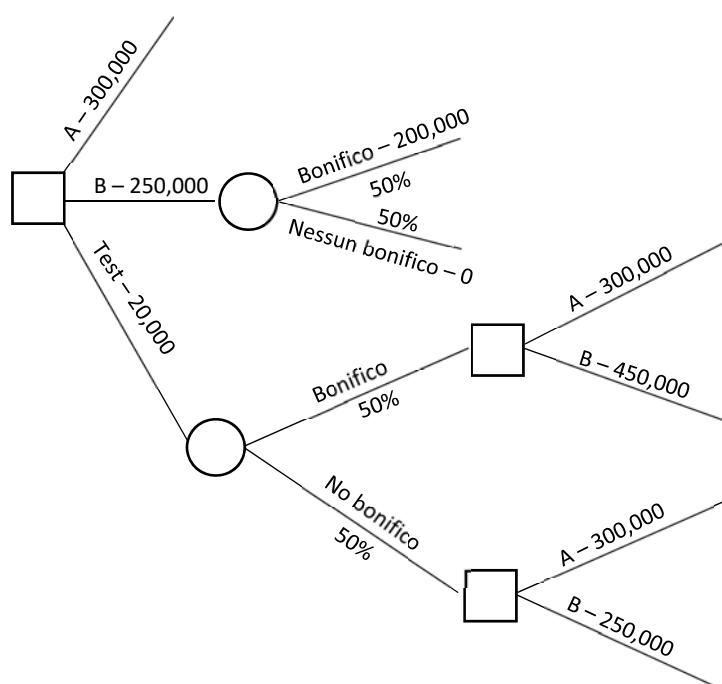
2. *Decision theory: brevi cenni*

Intavolare una trattativa per l'acquisto di una partecipazione azionaria, sottoscrivere una lettera di intenti con le quali ci si vincola a non trattare con terze parti, rinunciando ad altre opportunità, fissare il prezzo dell'offerta di acquisto, richiedere una determinata garanzia dal venditore. Tutte le attività sopra elencate (tratte, non a caso, dallo specifico ambito delle operazioni straordinarie) hanno in comune un elemento: implicano la necessità di prendere una decisione. Ognuna di esse è influenzata dal diritto e dalle norme applicabili al caso concreto (abbiamo visto, ad esempio, come una lettera di intenti possa essere vincolante o meno a seconda dell'ordinamento giuridico di appartenenza), e nel prendere qualsiasi decisione, ciascuno cerca di prendere la migliore possibile. La *decision theory* ha il precipuo compito di individuare il metodo logico migliore per procedere in queste situazioni, le quali sono caratterizzate dalle informazioni a disposizione e, tendenzialmente, dall'incertezza⁴. Essa si rivela particolarmente utile per modellare la realtà in termini di (i) decisioni che si susseguono nel tempo, e (ii) possibilità (sottratte, quindi, all'arbitrio dei soggetti). Al fine di svolgere l'analisi prodromica alla scelta di come agire, si fa tradizionalmente ricorso ad una rappresentazione grafica, sotto forma di albero (*decision tree*), finalizzata a riprodurre tutte le decisioni possibili e tutte le possibili conseguenze, unitamente alle loro probabilità e la loro importanza, espressa in termini economici. All'interno del diagramma rappresentativo, ogni quadrato rappresenta uno "snodo" decisionale, dal quale promanano dei rami, che rappresentano le decisioni possibili. Lungo ciascuno dei rami è indicato il risultato, o conseguenza, della relativa decisione. Riprendiamo ora un celebre esempio utilizzato per mostrare come funziona il processo decisionale oggetto di analisi.

Un soggetto, intenzionato ad aprire un'attività, vuole acquistare un terreno dove svolgerla, ed è indeciso tra due lotti. Il primo (terreno A), ha un prezzo di 300,000 euro, mentre il secondo (terreno B) costa 250,000. Tuttavia, il potenziale acquirente viene a sapere che il terreno B potrebbe avere un problema di natura ambientale, a causa di scorie presenti nel sottoterra, che, se confermato, comporterebbe un ulteriore costo di 200,000 euro per la bonifica (mentre il terreno A non presenta alcun problema). Il dubbio può essere rimosso assumendo un esperto che determini con certezza assoluta la necessità (o meno) della bonifica. Il relativo costo

⁴ H. E. JACKSON, L. KAPLOW, S. M. SHAVELL, W. K. VISCUSI, D. COPE, *Analytical methods for lawyers*, Foundation Press, 2nd ed., 2011, da cui sono presi gli esempi in narrativa.

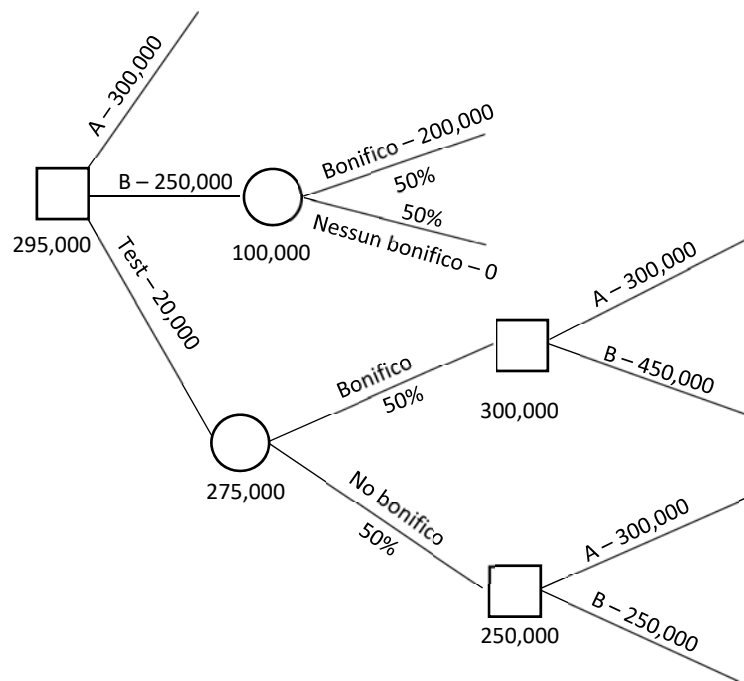
è di 20,000 euro. Al momento t_0 , quindi, il potenziale acquirente ha di fronte a sé tre possibilità: acquistare il terreno A (spendendo 300,000), acquistare il terreno B (250,000), o assumere un esperto per eseguire il test (20,000). Una volta eseguito il test, vi sono due alternative, che hanno la medesima probabilità di avverarsi (50% l'una): a) che sia necessaria una bonifica; b) che questa non sia necessaria. Graficamente, poiché questa non è una decisione ma una possibilità, verrà rappresentata con un cerchio. Una volta effettuato il test, sia che questo abbia esito positivo, che negativo, il potenziale acquirente avrà di fronte a sé due alternative: comprare il terreno A o comprare il terreno B. Nel caso la bonifica non sia necessaria, sarà conveniente comprare il terreno che costa meno (spendendo 250,000 contro 300,000), nel caso in cui invece sia necessario sistemare il terreno, sarà più conveniente l'acquisto del terreno A (300,000 contro i 250,000 del terreno, più altri 200,000 per la bonifica, per un totale di 450,000).



Al fine di conferire un valore a tutti gli “snodi” dobbiamo procedere a calcolare il «valore atteso», dato dalla probabilità moltiplicata per il relativo risultato. Ne consegue che il valore atteso, ad esempio, della possibilità, una volta acquistato il terreno B, che sia necessaria la bonifica, sarà pari a: $50\% \times 200,000 = 100,000$ ⁵. Possiamo quindi riportare il valore 100,000

⁵ In caso la bonifica non sia necessaria, non ci saranno costi aggiuntivi: $50\% \times 0 = 0$.

sotto il cerchio evento. Di conseguenza, il valore atteso della decisione relativa all'acquisto del terreno B sarà $(250,000 + 100,000) = 350,000$. Possiamo procedere nello stesso modo per calcolare il valore degli altri rami, partendo dalla fine (altrimenti non avremo i valori necessari ad effettuare i calcoli). Nel caso in cui venga effettuato il test e la bonifica sia necessaria, sarà più conveniente acquistare il terreno A (300,000) anziché il terreno B (450,000). Possiamo quindi riportare sotto lo snodo il valore di 300,000. Nel caso in cui, invece, il bonifico non sia necessario, il potenziale acquirente acquisterà il terreno B (250,000 contro 300,000). Possiamo ora valutare il cerchio evento che segue il ramo relativo al test. Il relativo valore atteso sarà pari a $(50\% \times 300,000) + (50\% \times 250,000) = 275,000$. Possiamo quindi valutare la decisione relativa all'effettuazione del test. Il valore è 295,000 euro (20,000 per il test più un valore atteso di 275,000 una volta che il test sia completo). Ne consegue che la decisione ottimale è quella di effettuare un test, in quanto soluzione più economica tra le tre (terreno A 300,000, terreno B 350,000, test 295,000).



Ovviamente, questo non significa che la bonifica costerà 100,000 euro. Come abbiamo visto, o costerà 200,000 o 0. Il valore atteso ci fornisce un'altra informazione, ovvero quale è il risultato medio che si otterrebbe affrontando in maniera ripetitiva questa situazione. Non è possibile prevedere nel caso specifico se la bonifica sarà necessaria o meno, ma se ci trovassimo per cento volte in questa situazione, la metà delle volte (l'assunto è che la probabilità che la bonifica sia necessaria sia pari al 50%) si spenderanno 200,000 euro per la bonifica, l'altra metà 0. La media di questi valori sarà, per l'appunto, 100,000.

Il caso sopra illustrato ci aiuta a vedere come il diritto possa influenzare i processi decisionali dei consociati. In una situazione in cui non vi sia nessun obbligo per il venditore del terreno di comunicare eventuali difetti dello stesso di cui sia a conoscenza, la situazione sarà quella illustrata nel grafico che precede. Ipotizziamo, tuttavia, che il venditore sappia per certo se il terreno necessita di una bonifica o meno, e che la legge gli imponga di comunicare tale circostanza al potenziale acquirente. In tal caso l'analisi cambierebbe drasticamente. L'opzione test (quella più razionale in assenza di obblighi di informazione) non sarebbe più necessaria, e il potenziale acquirente avrebbe di fronte solo due possibilità: acquistare il terreno A (nel caso la bonifica sia necessaria) o acquistare il terreno B (nel caso contrario).

L'esempio è, ovviamente, molto banale, ma risulta utile al fine di capire i meccanismi della *decision theory* e vedere come il diritto possa influenzare le scelte dei consociati. Nel caso di specie, l'influenza del diritto è duplice: da un lato, essa può obbligare la parte in possesso di una determinata informazione, a comunicarla a controparte⁶; in secondo luogo, può obbligare chi si sia comportato diversamente, a risarcire i danni subiti da quest'ultima. Le conseguenze, come visto, sono evidenti: in assenza di una regolamentazione come quella da ultimo ipotizzata, la scelta più razionale per il potenziale acquirente sarebbe procedere con un test (con un esborso di 20,000 euro) per poi o acquistare il terreno A (che, però, in questo caso, gli sarà costato un totale di 320,000 euro) o con l'acquisto del terreno B (che, in totale, sarà costato 270,000 euro). I 20,000 euro spesi per il test, visti in un'altra prospettiva, rappresentano un costo dovuto alle asimmetrie informative, non recuperabile, che non contribuisce a creare valore. Il diritto, mettendo il potenziale acquirente nella situazione di poter decidere immediatamente quale terreno acquistare, permette di risparmiare i soldi per il test, che potranno pertanto essere utilizzati per investimenti maggiormente efficienti.

Abbiamo detto come l'esempio sia semplicistico, e utilizzato meramente a fini descrittivi. Per complicare le cose, basterebbe sostituire l'acquirente con un fondo di *private equity*, l'acquisto di un terreno con l'acquisto di due (o più) potenziali società. In una simile situazione, il grafico si complicherebbe ulteriormente con l'inserimento di ulteriori *steps*, quali la lettera di

⁶ Con ciò non si vuole suggerire che qualsiasi informazione di cui una parte sia in possesso non possa essere sfruttata e vada dichiarata alla propria controparte. Come detto, l'esempio è meramente descrittivo. Esula dagli scopi del presente lavoro una disamina delle varie dottrine che si sono espresse al riguardo, per la quale si rimanda a D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, op. cit., in particolare, al capitolo III, paragrafi 9, 10 e 11.

intenti, come spartiacque tra situazioni in cui ogni parte deve affrontare i costi connessi con la valutazione dell'opportunità dell'acquisto (*advisors* legali anziché l'esperto per l'effettuazione del test sul terreno, commercialisti etc.), *break-up fees* e *lock-out agreements*. Inoltre, anche la disciplina dei danni risarcibili andrebbe tenuta in considerazione, in quanto in grado di modificare i vari *payoff* connessi alle molteplici decisioni (si immagini il caso in cui un potenziale acquirente stia valutando in contemporanea due alternative acquisizioni, o il venditore stia trattando con due potenziali acquirenti. In entrambi i casi, la parte interessata potrebbe valutare quale alternativa lasciar perdere anche in considerazione dei costi connessi al recesso dalle trattative. In un ordinamento come quello inglese, in cui tendenzialmente il soggetto interessato non andrà incontro a nessuna responsabilità, questi potrà tranquillamente decidere di abbandonare una negoziazione a favore dell'altra. Nel caso in cui la legge applicabile imponga determinati costi connessi col recesso, oppure le parti si siano obbligate a non recedere in maniera pattizia, o abbiano previsto una *break-up fee clause*, sarà necessario tenere presente, nei relativi calcoli, i costi connessi ai danni da risarcire⁷. In una simile situazione, la parte recederà solamente se i vantaggi connessi col perseguire l'altra opportunità saranno maggiori dei danni da risarcire⁸).

3. Posizioni antagoniste dei contraenti e teoria dei giochi

Abbiamo visto come uno dei motivi (tra i tanti) della ritrosia degli ordinamenti di *common law* e, in particolare di quello inglese, nei confronti di responsabilità precontrattuali, sia rappresentato dall'assunto secondo cui le parti perseguono, mediante le trattative, i propri interessi, pertanto è giusto che cerchino di ottenere il massimo (la fetta più ampia possibile della torta) dalle negoziazioni, non essendoci alcuna particolare ragione per cui esse non dovrebbero

⁷ Come visto, è proprio questo il fine a cui le parti mirano quando inseriscono simili clausole nei loro accordi.

⁸ Si ipotizzi il caso di un soggetto in trattativa per vendere il 100% del capitale di una società ad un prezzo di 50 e con una *break-up fee* pari al 10% del valore di acquisto. Nel caso in cui un terzo si faccia avanti per effettuare la medesima operazione, il potenziale venditore potrà valutare di recedere dalle prime trattative solamente nel caso in cui il prezzo di acquisto del secondo acquirente sia superiore almeno a 55. Otterremmo lo stesso risultato in un caso in cui, al posto della *break-up fee*, vi sia una legge che obblighi il recedente, in un caso come questo, a risarcire i danni subiti dalla controparte per aver fatto affidamento nella conclusione del contratto (quali gli interessi negativi *ex art. 1337 cod. civ.*).

comportarsi in questa maniera. Appare pertanto lecito chiedersi se tale «dogma», che influenza in maniera significativa la disciplina della fase preliminare alla conclusione del contratto, sia condivisibile.

A prescindere da critiche generali a detto approccio⁹, pare utile fare ricorso alla teoria dei giochi e, in particolare, al dilemma del prigioniero¹⁰. La scelta è ricaduta su questo esempio per dimostrare come la cooperazione tra individui, anziché la ricerca del massimo utile personale, possa rivelarsi più efficiente, anche se meno razionale. Nel caso di specie, due sospetti vengono intervistati dalla polizia in relazione ad un crimine. Essi vengono tenuti in stanze diverse e non hanno possibilità di comunicare tra di loro, né di sapere cosa sta accadendo nell'altra stanza. I sospetti possono, alternativamente, confessare il crimine o negare il loro coinvolgimento. Se nessuno dei due confessa, la polizia non è in grado di dichiararli entrambi colpevoli, ma al massimo può condannarli per un reato minore. Se entrambi confessano, verranno condannati, ma con una pena ridotta. Il dilemma scaturisce dal fatto che se uno solo degli indagati confessa e l'altro no, colui che ammette il crimine andrà esente da condanna (avendo agito quale informatore) mentre l'altro, avendo mentito, andrà incontro alla pena piena. Le possibili alternative, e le relative conseguenze, possono essere raffigurate con il seguente diagramma¹¹:

		Prigioniero B	
		Nega	Confessa
Prigioniero A	Nega	- 1; -1	- 10; 0
	Confessa	0, - 10	- 5; -5

⁹ Il riferimento è alla celebre opera di R. FISHER e W. L. URY, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Group, 1981, dove gli autori descrivono, *inter alia*, i meccanismi del “non-adversarial bargaining” quale tecnica per negoziare con successo, e, in particolare, il principio dell’“*invent options for mutual gain*” secondo cui “*both parties should clearly explain their intentions and what they want out of the conversation*”.

¹⁰ Padre del dilemma è ritenuto il matematico A. W. TUCKER. Per l'analisi del gioco ci si è riferiti a F. CARMICHAEL, *A guide to game theory*, Pearson Education, 2005, pag. 58.

¹¹ Dove il numero a sinistra è sempre il *payoff* del prigioniero A, quelli sulla destra sono invece relativi al prigioniero B.

La coppia di risultati migliore sarebbe quella in cui entrambi i prigionieri negano, in quanto entrambi andrebbero incontro ad una pena di un anno. Tuttavia, la scelta più razionale per ciascuno di loro sarà quella di confessare. Se infatti, ad esempio, il prigioniero A nega, mentre il prigioniero B confessa, A andrà incontro ad una pena di 10 anni, mentre B sarà rilasciato. Per tale motivo A preferirà confessare, e altrettanto farà B. In questo modo, tuttavia, entrambi i prigionieri andranno incontro ad una condanna di 5 anni¹².

L'esempio sopra illustrato mal si presta ad essere applicato al tema della responsabilità precontrattuale, in quanto la formazione del contratto avviene solitamente per fasi successive (in tal senso, più utile appare il ricorso all'albero decisionale, che permette di rappresentare graficamente i vari passaggi di un negoziato), mentre lo schema del prigioniero comporta scelte simultanee delle parti. Tuttavia, esso è utile per dimostrare come l'assunto secondo il quale il perseguimento dei propri interessi sia la scelta più razionale (che quindi il diritto dovrebbe favorire) non sempre si riveli corretto. Il diritto, in conclusione, dovrebbe aiutare i consociati a far sì che essi assumano sempre la scelta maggiormente efficiente, corrispondente a quella che crea maggior valore.

4. Asimmetrie informative e selezione avversa. Il ruolo della buona fede precontrattuale

Un'altra teoria che si rivela utile ai fini dell'analisi economica della disciplina della responsabilità precontrattuale viene fornita dalla teoria economica della «selezione avversa», sempre connessa a problemi di asimmetrie informative tra i contraenti, così come teorizzata dall'economista George Arthur Akerlof¹³. L'esempio trae origine dall'analisi del mercato delle auto usate americano. Un'auto usata può essere sia una buona auto, che un'auto cattiva (nella

¹² Detto altrimenti, entrambi i prigionieri hanno una strategia dominante, ovvero, indipendentemente dalla scelta dell'altro prigioniero, è sempre meglio confessare. Nel caso in cui, ad esempio, B neghi, A confessando andrà incontro ad una pena pari a 0, mentre negando andrà incontro ad una pena pari a 1 anno. Pertanto in questo caso confessare è meglio che negare. Se, invece, B confessa, A facendo altrettanto, andrà incontro ad una pena di 5 anni, mentre negando sconterà 10 anni. Anche in questo caso, pertanto, confessare rappresenta la strategia migliore.

¹³ Il riferimento è al celebre saggio *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3 (1970), pag. 488.

terminologia americana, un limone). Ovviamente, chi vende la propria macchina sa perfettamente se essa è una buona macchina o un limone, mentre l'acquirente non possiede una simile conoscenza. Vi è quindi un problema di asimmetria informativa. Se l'acquirente conoscesse perfettamente il valore dell'auto usata, pagherebbe una somma equivalente a quel valore. In assenza di tale informazione, gli acquirenti saranno disposti a pagare un prezzo che corrisponderà ad una media tra il valore delle auto buone e quello dei limoni e, quindi, più basso rispetto al prezzo di una buona macchina, ma più alto rispetto al prezzo di un limone. I venditori, tuttavia, sanno quale auto è un limone e quale no. Pertanto, saranno disposti a vendere una macchina al prezzo fissato dall'acquirente solamente quando questa sia un limone (in tal modo, ottenendo un guadagno) mentre non venderanno auto buone, perché ciò implicherebbe accettare un prezzo più basso del valore dell'auto¹⁴. In questo modo, i venditori di auto buone verranno esclusi dal mercato, e rimarranno solo venditori di limoni, fatto che ridurrà a sua volta il numero degli acquirenti (in quanto la qualità media delle macchine usate sarà diminuita).

La disciplina della responsabilità precontrattuale, dei (connessi) doveri di informazione¹⁵ e obblighi risarcitori, possono avere un ruolo significativo nel correggere simili paradossali situazioni. Per dimostrare come ciò possa avvenire nella prassi, torna utile una controversia decisa dalla giurisprudenza americana con riguardo, non a caso, ad una vendita di una macchina usata¹⁶, in cui l'attore agiva per la restituzione del prezzo in quanto il venditore non gli aveva comunicato che la macchina era seriamente danneggiata. I giudici, nel dar ragione all'attore, affermarono il principio per cui *“the purchase of motor vehicles by naive and non-mechanic oriented consumers is, of necessity, based upon the reliance of the buyer on the good faith of the dealer or seller (...) Thus, the duty placed on the seller is not limited to stated representations, but may also include concealment or nondisclosure of a material fact relating to the vehicle, particularly where the buyer is not competent or able to determine the defect from inspection”*. Ne emerge il ruolo giocato dalla buona fede nella fase delle trattative, e come

¹⁴ Se p_{med} è il prezzo che gli acquirenti sono disposti a pagare, verranno venduti solo limoni, in quanto $p_{limon} < p_{med}$, mentre non verranno vendute auto buone, poiché $p_{buon} > p_{med}$.

¹⁵ Soprattutto come declinati dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane, come visto nel capitolo I.

¹⁶ *Underwood v. Monte Asti Buick Co.*, 20 UCC Rep. Serv. 657, 661 (Pa. Coin. Pl. 1976), N. W. PALMIERI, *Good faith disclosures required during precontractual negotiations*, in *Seton Hall Law Review*, vol. 24 pag. 70.

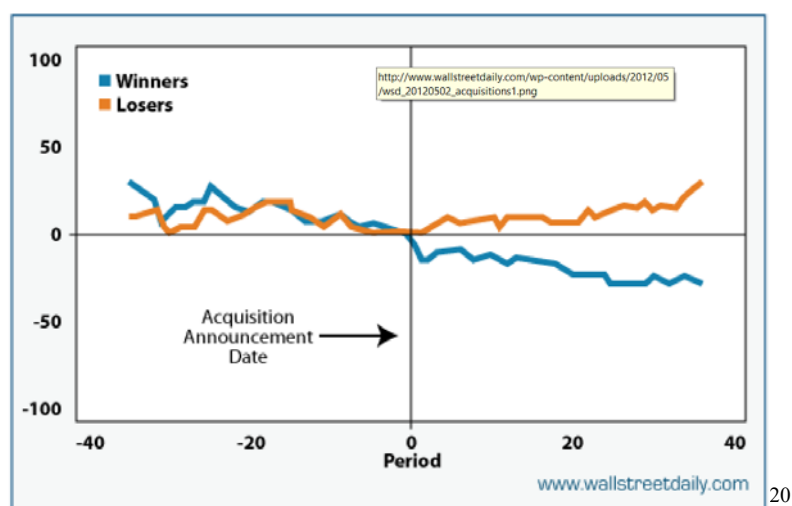
questo sia in grado di incidere sulle asimmetrie informative, colmandole, e ristabilendo l'equilibrio contrattuale delle parti.

La sentenza fa esplicito riferimento agli acquirenti “naive”. Nell’ambito delle operazioni di acquisizione poste in essere dagli operatori economici, è difficile che una delle parti possieda una simile caratteristica (salvo quei casi in cui, ad esempio, la *target* sia una piccola azienda, nel mirino di qualche colosso che intavoli negoziati al fine di acquisirla), poiché nella maggior parte dei casi si sarà in presenza di soggetti qualificati, che si avvalgono della consulenza di ulteriori professionisti. Ma anche in questo settore, la disciplina della responsabilità precontrattuale mostra di avere una ragion di esistere. L’introduzione di un qualche vincolo nella fase delle trattative può essere infatti utile a far uscire dal mercato di riferimento i soggetti meno seri. Propria la dottrina americana ha sottolineato il problema: “*If parties are free to walk away any time prior to the full-blown contract, the negotiation arena will be appealing to individuals who are not “serious” and are not truly interested in dealing. The value of such a surrounding to the serious traders would then diminish. The signal that entrance to negotiations transmits with respect to the propensity of a party to work towards a deal is more powerful the greater the sanction for walking away. This is a standard – and desirable -sorting mechanism*”¹⁷. Come nel mercato delle macchine usate, anche in quello delle operazioni straordinarie la mancanza di regolamentazione (di natura pattizia o legislativa) può avere effetti indesiderati, facendo fuoriuscire i soggetti più seri. Se un venditore non è disposto ad assumere dei vincoli, ciò potrebbe essere visto come un possibile fattore di rischio per l’acquirente, che per questo potrebbe lasciar perdere il perseguimento di un affare, quando invece esso potrebbe essere vantaggioso. Il meccanismo funziona anche nella direzione opposta. La possibilità di recedere in qualsiasi momento dalle trattative potrebbe comportare la presenza sul mercato di un eccessivo numero di potenziali acquirenti poco seri. In risposta a ciò, il venditore potrebbe alzare il prezzo, o essere meno disposto a fornire dichiarazioni e garanzie, con conseguente ulteriore fuoriuscita dal mercato degli acquirenti più seri, non disposti ad accettare simili condizioni. Tali deduzioni potrebbero apparire peregrine. Tuttavia, alcune ricerche sembrano remare nella direzione opposta. Uno studio¹⁸ ha infatti dimostrato come, proprio nel settore delle fusioni e acquisizioni a seguito di procedure competitive, spesso chi si aggiudica

¹⁷ O. BEN-SHAHAR, *Pre-closing liability*, in *The University of Chicago law review*, vol. 77 (2010) pag.984.

¹⁸ U. MALMENDIER, E. MORETTI, F. PETERS, *Winning by Losing: Evidence on Overbidding in Mergers*, 2016, disponibile presso il sito della *National Bureau of Economic Research*.

l'operazione vada incontro a conseguenze negative. Ciò è spiegabile in base alle asimmetrie informative dell'acquirente, nonché mediante riferimento al teorema della “maledizione del vincitore nelle offerte competitive”¹⁹ secondo il quale, se si vince ad un'asta dove vi sono molti concorrenti per aggiudicarsi un bene il cui valore è altamente incerto, ciò significa che si ha valutato il bene più di chiunque altro, il che, a sua volta, implica che ci siano buone possibilità che questo sia stato sovrastimato e pagato troppo. Lo studio citato ha utilizzato questo assunto per analizzare le acquisizioni. In particolare, sono stati raccolti i dati di tutte le operazioni di fusione e acquisizione intervenute in America tra il 1985 ed il 2009 in cui vi erano offerte concorrenti da parte di almeno due potenziali acquirenti. Al fine di effettuare una comparazione, sono stati presi quali canoni di riferimento il prezzo delle azioni del vincitore (colui che si è aggiudicato l'operazione) e del “perdente” nei quaranta mesi precedenti e successivi all'operazione. Ne è emerso che, nella maggior parte dei casi, il ritorno dei vincitori è stato più basso di quello dei perdenti. Il vincitore è quindi in realtà il perdente che ha pagato troppo.



Il meccanismo sopra descritto funziona nelle ipotesi di offerte competitive. Potrebbe quindi ritenersi che esso non sia utile nei casi di acquisizioni in cui vi sia un solo potenziale acquirente. Tuttavia, anche in questo caso è possibile che chi effettui l'operazione sia soggetto alla maledizione del vincitore. Si consideri il seguente esempio²¹: la società A è interessata ad

¹⁹ M. H. BAZERMAN, M. A. NEALE, *Negotiating rationally*, Free Press, 1992 e, in particolare, il capitolo 16, *Competitive bidding: the winner's curse revisited*, pag. 152.

²⁰ http://www.wallstreetdaily.com/wpcontent/uploads/2012/05/wsd_20120502_acquisitions1.png.

²¹ L'esempio utilizzato è un riadattamento di un modello sviluppato dal M. Jeklic all'interno del progetto *Rational Negotiation Initiative*.

acquisire integralmente la compagnia aerea B. Il valore della società dipende dall'esito di alcune trattative in corso con le rappresentanze dei lavoratori, nonché con il governo. A seconda dell'esito delle trattative, il prezzo delle azioni di B può arrivare a valere fino ad un massimo di 100, ed un minimo di 0, ed ogni valore all'interno di questi due estremi ha le medesime possibilità di rappresentare il valore finale delle azioni (valore indicato con x). Poiché la società A è esperta nella gestione delle compagnie aeree, la società B, se dovesse finire nelle sue mani, varrà di più che sotto la attuale gestione. Nello specifico, sotto la gestione di A, la società B può valere il 50% in più, o 1,5 volte x . Ovviamente, l'attuale proprietà accetterà di vendere solamente ad un prezzo che sia maggiore all'attuale valore delle azioni della società sotto l'attuale controllo (l'offerta deve quindi essere maggiore a x). La società A ha una sola occasione di presentare un'offerta. Poiché il prezzo per azione è compreso tra 0 e 100 (x), e il valore delle azioni della società B per la società A è 1,5 x , è ipotizzabile un'offerta tra 0 e 150²². Ipotizziamo il caso che la società A offra 60. Sono possibili due scenari: (i) nel primo, la società B rifiuta l'offerta. Ciò significa che per il venditore il valore di x è maggiore di 60 e, di conseguenza, per la società A sarà maggiore di 90. Al contrario, se B accetta, ciò significa che il valore di x è inferiore a 60. Ne deriva che A avrà fatto un buon affare solamente in un terzo dei casi, ovvero per i valori di x compresi tra 40 e 60, ma nei restanti due terzi dei casi (con x compreso tra 0 e 40) avrà pagato troppo. Ancora una volta, le asimmetrie informative svolgono un ruolo fondamentale.

Alla luce di questo *excursus* può in definitiva individuarsi un parallelismo tra mercato dei limoni e mercato delle operazioni straordinarie. In entrambi i casi la totale assenza di meccanismi correttivi delle asimmetrie informative e, più in generale, del comportamento delle parti nelle negoziazioni non appare pienamente efficiente. Ne è prova, nella prassi, il sempre più ampio ricorso ad accordi precontrattuali, in particolar modo in quei paesi che hanno una disciplina della responsabilità precontrattuale di tipo restrittivo.

²² In queste condizioni, la società B ha quale valore atteso delle azioni (x) 50, che rappresenta la media tra tutti i possibili valori. Di conseguenza, con $x = 50$, il valore per la società A sarà 75.

5. *L'analisi economica della responsabilità precontrattuale*

Come noto, in una chiave di analisi economica del diritto, il contratto è lo strumento che permettere di creare valore, trasferendo i beni da chi li valuta di meno a chi li valuta di più. Le situazioni che consentono tale creazione di valore, infatti, sono quelle in cui una parte A valuta un bene x , mentre una parte B valuta lo stesso bene y , dove $x < y$. La differenza intercorrente tra x e y rappresenta la zona entro il quale è possibile raggiungere un accordo. Si supponga che $x = 20$ e $y = 30$. Ogni prezzo compreso tra 20 e 30 rappresenta un possibile corrispettivo che consentirà la conclusione del contratto²³. Il tale prospettiva la fase precontrattuale assume particolare rilevanza. Di fatti, è tramite le trattative che le parti distribuiscono il surplus creato dal contratto. Un altro modo per rappresentare questa situazione è mediante il ricorso alla figura della torta²⁴. Tramite le trattative, le parti cercano di dividersi la torta, ognuna accaparrando la fetta più grande possibile. In quest'ottica, gli investimenti effettuati dalle parti nella fase delle negoziazioni accrescono il valore complessivo della transazione. La legge dovrebbe pertanto incentivare gli affidamenti riposti dalle parti nelle negoziazioni. Assume pertanto rilievo la disciplina dei risarcimenti connessi a questi investimenti nei casi patologici in cui le negoziazioni falliscano, e gli investimenti passino dal creare un surplus ad avere un valore negativo, rappresentando una perdita, o costo. Esempi in tal senso sono rappresentati da eventuali viaggi che siano stati intrapresi per valutare la transazione, corrispettivi per esperti e consulenti legali, il tempo utilizzato e le alternative lasciate perdere²⁵.

Sono pertanto in astratto ipotizzabili tre regimi di responsabilità precontrattuale al riguardo²⁶: secondo il primo, ciascuna parte deve sopportare i costi relativi agli investimenti effettuati nella fase delle negoziazioni, non potendo recuperarli ogni volta che queste falliscano; il secondo regime, agli antipodi, prevede che tutti i costi sopportati nella fase delle trattative

²³ Vendendo, ad esempio, il bene a 25, A catturerà 5 di valore, e altrettanto farà B.

²⁴ E. RASMUSEN, *Games and information. An introduction to game theory*, 4th ed. 2006.

²⁵ O. BEN-SHAHAR, *Pre-closing liability*, op. cit., pag.985.

²⁶ Per uno studio di come i regimi di responsabilità precontrattuale possano incidere sulle aspettative delle parti, si veda O. BEN-SHAHAR, L. A. BEBCHUK, *Pre-contractual reliance*, op. cit.; W. P. J. WILS, *Who should bear the costs of failed negotiations? A functional inquiry into pre-contractual liability*, 4 *J. des Economistes et des Etudes Humaines*, 93 (1992); R. CRASWELL, *Offer, acceptance and efficient reliance*, op. cit.; A. W. KATZ, *When should an offer stick*, op. cit. In Italia, L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence*, op. cit. pag. 401 e ss.

possano essere addossati alla controparte che, con il proprio comportamento, le abbia fatte fallire; il terzo regime, invece, si colloca a metà tra gli altri due, e prevede il recupero degli investimenti solamente in misura parziale. Ci si è chiesto in dottrina quale di questi tre regimi sia migliore, nel senso di maggiormente efficiente, e come la disciplina della responsabilità precontrattuale possa incidere sulle decisioni delle parti coinvolte nelle trattative. Nel caso di assenza totale di responsabilità precontrattuale, dove le spese e gli affidamenti sostenuti nella fase delle trattative andranno irrimediabilmente persi nel caso in cui non si concluda un contratto, è stato notato come le parti saranno portate ad investire in maniera insufficiente, proprio per il timore di perdere quanto investito. L'assenza di responsabilità precontrattuale, pertanto, risulta inefficiente²⁷. Sotto un regime di “*strict pre-contractual liability*”, invece, qualsiasi spesa sostenuta durante le negoziazioni sarà rimborsata nel caso in cui queste falliscano. Una simile disciplina comporterà un eccessivo investimento negli affidamenti precontrattuali, in quanto la parte non si preoccuperà del fatto che le spese preliminari possano essere eccessive. Anche questo approccio, pertanto, risulta sub-ottimale. Il terzo e ultimo regime, di tipo intermedio, sta a metà tra i primi due, ed è a sua volta divisibile in tre sotto-regimi: secondo il primo, la responsabilità andrà imposta solamente su quella parte delle trattative che abbia agito in maniera opportunistica *ex-post*, proponendo termini dell'accordo che lasciano la controparte con un risultato negativo. Una simile tattica comporta il fallimento delle negoziazioni e può scoraggiare, *ex ante*, gli affidamenti di controparte. In una simile situazione, l'imposizione di una responsabilità precontrattuale per tali comportamenti ostruzionistici consente alla parte affidante di assicurarsi termini migliori, garantendo investimenti ottimali. Ai sensi del secondo sotto-regime (*sharing rule*) ciascuna parte deve compensare l'altra in relazione ad una parte dei costi da affidamento, a prescindere da chi sia responsabile per il fallimento delle negoziazioni. Secondo l'ultimo sotto-regime, invece, verrà applicata una responsabilità di tipo oggettivo, ma all'interno di un determinato limite, corrispondente al livello socialmente ottimale di affidamento. Tralasciando l'analisi dei singoli regimi di responsabilità (per i quali si rimanda all'opera di Ben-Shahar e Bebchuk) ciò che preme rilevare è come il regime che viene individuato quale ottimale sia rappresentato da una

²⁷ Un simile regime potrebbe incentivare comportamenti opportunistici della parte che ha effettuato minori investimenti. Questa, di fatti, potrebbe fare leva sulla possibilità di recedere, causando perdite alla propria controparte, per convincerla ad accettare un contratto a condizioni meno favorevoli, ma evitando in tal modo di perdere definitivamente gli investimenti effettuati durante le trattative; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, op. cit. pag. 93.

tipologia di responsabilità precontrattuale intermedia, in cui vi sia almeno una parziale regolamentazione della fase delle negoziazioni, cosa che, in mancanza di un sistema legislativo adeguato, avviene in via pattizia²⁸. Pertanto, risulta da favorire sia una legislazione che imponga una qualche responsabilità precontrattuale sulle parti delle trattative, sia la validità di quegli accordi preliminari che mirano a regolare in maniera efficiente gli investimenti e gli affidamenti delle parti. Pare, in conclusione, a chi scrive, che, innanzitutto, il regime di responsabilità attualmente vigente nel nostro ordinamento, così come attualmente interpretato, si avvicini molto a quel modello ottimale sopra declinato, in cui le parti sono sì libere di assumere comportamenti opportunistici, ma nel limite in cui questi non comportino un ingiusto detrimento degli interessi della propria controparte. Nel caso in cui, invece, ciò si verifichi, il risarcimento degli interessi negativi appare quale un giusto rimedio e sanzione per i comportamenti scorretti. In secondo luogo, anche in quegli ordinamenti (come quello statunitense e, in particolare, inglese), dove non vi sia una disciplina generale assimilabile a quella ricavabile dai nostri artt. 1337 e 1338 cod. civ., siano comunque da favorire, nel senso di ritenere efficaci e vincolanti, quegli accordi preliminari (quali le lettere di intenti, a prescindere dal *nomen* che le parti attribuiscono loro). In tale ottica, non può che vedersi con favore al numero crescente di casi in cui, negli ordinamenti di *common law*, la giurisprudenza ha riconosciuto efficacia vincolante agli accordi precontrattuali, sia in generale che, in particolare, nell'ambito delle operazioni straordinarie. Un simile atteggiamento mostra di cogliere in maniera più attenta le necessità sviluppatesi nella prassi degli operatori economici, i quali, con il sempre più ampio ricorso a tali accordi, hanno dimostrato che il canone della certezza e della prevedibilità, tanto caro all'esperienza anglo-americana, non è efficacemente perseguito dall'imposizione di un regime in cui la fase delle trattative, per qualsiasi ragione, non viene regolata, se non nei casi più patologici. Se così fosse, infatti, non sarebbero stati

²⁸ Tutti e tre i regimi intermedi, infatti, presentano dei vantaggi: nel primo caso “*under a rule that assigns liability only to a party that bargains in an ex post opportunistic manner, both parties make optimal reliance investment (...) the reason (...) is that neither party shifts the entire cost of its reliance to the other party, nor bears it alone (...) thus, no party can fully capture the fruit of the other party's reliance (...) and no party has to bear alone the cost of its own reliance*”; applicando la *sharing rule* “*the efficient level of reliance arises*”; infine, grazie alla responsabilità oggettiva soggetta a limite “*the parties invest optimally in reliance*”. In conclusione, secondo gli autori “*the best way to regulate pre-contractual investment might be through an appropriately-tuned intermediate approach to reliance liability*”; O. BEN-SHAHAR, L. A. BEBCHUK, *Pre-contractual reliance*, op. cit.

sviluppati tutta quella varia tipologia di accordi precontrattuali, che paiono colmare una lacuna del diritto, derivante dal mutato scenario sociale in cui la fase prodromica alla conclusione del contratto assume sempre più rilevanza. Ciò risulta particolarmente vero proprio nell'ambito delle complesse operazioni straordinarie, dove la dicotomia contratto – non contratto non appare più attuale è rispondente alla realtà dei fatti. Non pare, pertanto, giustificabile che situazioni, quali quelle delle negoziazioni, che possono protrarsi per lunghi periodi, in cui viene scambiata copiosa documentazione, anche non contrattuale, non ricevano una disciplina specifica ed autonoma²⁹.

²⁹ In tale direzione sembra muoversi anche la dottrina, quanto meno d'oltreoceano, dove appaiono sempre maggiori e più approfonditi i contributi i quali, da un lato, constatano l'inadeguatezza dell'approccio tradizionale al tema della responsabilità precontrattuale, dall'altro, affermano l'opportunità del ricorso ad una regolamentazione di questa fase e il riconoscimento della vincolatività degli accordi precontrattuali. Si segnala, in questo senso, l'opera di A. SCHWARTZ - R. E. SCOTT, *Precontractual Liability And Preliminary Agreements*, op. cit. in cui gli autori affermano che “*the new rule governing preliminary agreements — awarding the promisee reliance if the promisor fails to bargain in good faith but not requiring the parties to agree — is a step in the right direction (...) courts can facilitate commercial behaviour not only by enforcing complete contracts, but also by attaching legal significance to preliminary agreements*”.

CONCLUSIONI

Il codice civile italiano dedica due articoli alla responsabilità precontrattuale. Negli ordinamenti americano e inglese, invece, non vi è alcuna disciplina “ufficiale” delle negoziazioni all’interno della legislazione (se non in specifici ambiti). Eppure, nel mondo degli affari moderno, la fase delle trattative assume sempre più importanza. Ci si è sempre di più allontanati dallo schema classico dell’offerta e accettazione. Le negoziazioni hanno assunto una rilevanza autonoma, scissa da quella del contratto, a cui sono finalizzate. Se quest’ultimo è lo strumento che consente di concludere gli affari, creando valore, permettendo lo scambio di beni da chi li valuta di meno a chi li valuta di più, le trattative sono lo strumento che consentono di giungere al contratto. La conseguenza è che la prassi ha visto il proliferare di tutta una serie di accordi precontrattuali (i quali hanno assunto varie denominazioni) al fine di regolare le trattative. Là dove non arriva il diritto, sopperiscono gli usi. Si è anche giunti ad ipotizzare un nuovo paradigma contrattuale: il contratto per le trattative. È quindi necessario che il diritto si adegui alla nuova realtà sociale, al momento storico in cui va calato ed opera, in quanto l’assenza (o l’insufficienza) della regolamentazione non può essere colmata unicamente dalle soluzioni che vengono di volta in volta inventate, pena la mancanza di certezza e di prevedibilità.

In quest’ottica, paiono muoversi tutti gli ordinamenti oggetto di analisi del presente lavoro, seppur con ritmi diversi, dettati altresì da differenti posizioni di partenza. Il dibattito in Italia è iniziato da molto tempo, e ha ripreso particolare vigore nell’ultimo periodo, grazie alla spaccatura interna alla Cassazione. L’orientamento da ultimo assunto, che ha sancito la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, sembra muoversi nella giusta direzione, riconoscendo alla fase delle trattative l’importanza che le compete. In tale ottica svolge un ruolo fondamentale la disciplina del contatto sociale (e del suo substrato, rappresentato dai doveri di solidarietà), che permette di differenziare quelle situazioni in cui non vi è ancora un contratto, ma le parti non possono dirsi estranee, dalle fattispecie disciplinate dall’art. 2043 cod. civ. Il sostegno rappresentato da questa teoria aiuta a cogliere la differenza di vedute che intercorre tra il nostro ordinamento e quelli di *common law* analizzati. In quest’ottica, non stupisce che due ordinamenti che si fondino sul principio *caveat emptor* abbiano assunto posizioni differenti rispetto al nostro.

Certamente, è facile notare come un conto sono i rapporti tra soggetti privati, tra consumatori e professionisti, ben altra cosa sono i rapporti tra operatori economici, realtà industriali, fondi di *private equity* che gestiscono milioni di euro. In queste circostanze, sembrano venire meno quei presupposti che giustificano una disciplina maggiormente improntata ai principi di buona fede. Ma è proprio questo il settore nel quale si fa più ricorso agli accordi precontrattuali, e dove maggiormente si contestano comportamenti scorretti delle controparti nella fase delle negoziazioni. Non si sentirà forse la mancanza della buona fede, ma di certo la prassi indica una necessità di maggiore certezza con riguardo alle regole del gioco. Appare pertanto positivo che siano in aumento le sentenze che riconoscono la validità di quelle lettere di intenti che vincolano le parti a tenere determinati atteggiamenti, a fare fede a quanto detto. D'altronde, chi non intenda ancora obbligarsi, potrà sempre manifestarlo per iscritto in maniera chiara, dichiarando che le intese fino a quel momento raggiunte non sono vincolanti, e ogni parte ha la facoltà di cercare miglior fortuna altrove (o con qualcun altro). Anche la dottrina, in special modo statunitense, affronta con sempre maggior regolarità le tematiche connesse alla responsabilità precontrattuale, e sembra in via di superamento il filone che sposa l'assoluta *freedom from contract*. D'altronde, il cammino per arrivare ad un contratto è, al giorno d'oggi, nel mondo degli affari, così lungo e complesso, che prima di arrivare ad esso si rischia di navigare per lungo tempo senza alcun appiglio. Se l'introduzione nel mondo di *common law* di un principio di buona fede, assimilabile al nostro art. 1337 cod. civ., potrebbe gettare ancora scompiglio, non essendo quegli ordinamenti ancora pronti a recepirlo, il riconoscimento della vincolatività delle lettere di intenti è già un primo passo significativo. Se è vero che gli operatori economici preferiscono decidere autonomamente da quale momento essere vincolati, e quindi quando firmare un contratto, senza intromissioni esterne, che siano anche liberi di scegliere secondo quali criteri giocare fino a quel momento.

La soluzione migliore pare in ogni caso ancora da individuarsi, ma il sentiero intrapreso appare corretto. In questo cammino, il ricorso alle teorie sviluppate in seno all'analisi economica del diritto, alla teoria dei giochi e in altre dottrine meta-giuridiche, come quelle brevemente accennate nella presente opera, pare poter svolgere un ruolo significativo per capire, prima, i meccanismi sottesi alla realtà, e potere, poi, aiutare ad individuare una migliore regolamentazione della stessa. In quest'ottica, particolare rilievo assume l'applicazione della *decision analysis* alle operazioni di *m&a*, esperimento che allo stato pare ancora mai tentato, ma auspicabile.

BIBLIOGRAFIA

- Aa.Vv. *Aggiornamenti sulla prassi contrattuale internazionale in tema di compravendita di partecipazioni azionarie e rami di azienda: "confidentiality agreements" e presentation and warranties*", in *Diritto del commercio internazionale*, 1994, fasc. 3-4
- AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008
- AFFERNI G., *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e responsabilità*, n. 5/2009
- AKERLOF G. A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3 (1970)
- ALPA G., R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Cedam, Milano, 2005
- ANDREWS N., *Contract law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2015
- ASCOLI A., *Il dolo come causa d'annullamento dei contratti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, I, 2
- ATYAH P., *An introduction to the law of contract*, third edition (1981)
- BAZERMAN M. H., M. A. NEALE, *Negotiating rationally*, Free Press, 1992
- BEATSON J., A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 30th ed. Oxford University Press, 2016
- BEBCHUK L. A. – O. BEN-SHAHAR, *Precontractual reliance*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 30, (2001)
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963
- BENATTI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987
- BEN-SHASHAR O., *Pre-closing liability*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 77 (2010)
- BERG A., *Promises to negotiate in good faith*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 119, (2003) Sweet & Maxwell
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II edizione, Giuffrè, Milano, 1971
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987
- BIANCA C. M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, Milano, 2000
- BICKFORD S. -SMITH, *Letters of intent*, in *Solicitors Journal*, 149(45)
- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967
- BONELLI F., M. DE ANDRÈ, (a cura di), *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Giuffrè, 1990

- BRAGOLI L., *La due diligence legale nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, in *I Contratti*, 2007, fasc. 12
- BREWER G., *Examining letters of intent*, in *Contract Journal*, 2003
- BROWNSWORD R., N. J. HIRD, G. HOWELLS, *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate/Dartmouth, 1999
- BUCKLEY R. P., *Walford v. Miles: false certainty about uncertainty – an Australian perspective*, in *Journal Contract Law* (1993), vol. 6
- BUECHLER G. B. JUNIOR, *The recognition of preliminary agreements in negotiated corporate acquisitions: an empirical analysis of the disagreement process*, 22 *Creighton Law Review*, 573 (1989)
- BURTON S. J., *Breach of contract and the common law duty to perform in good faith*, in *Harvard Law Review* (1980)
- BURTON S. J., E. A. ANDERSEN, *Contractual good faith*, Boston – New York, 1995
- CAMAGNI A., *La due diligence nelle operazioni di acquisizione e valutazione di aziende*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2008, fasc. 1
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, IX ed., Utet Giuridica, 2015
- CANEPA P., *Dichiarazione d'intenti*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sez. civile*, V, Torino, 1989
- CAPECCHI G., *Il valore giuridico delle lettere di intenti*, in *Diritto del commercio internazionale*, fascicolo 2, 2001
- CAPODANNO M., *Lettere di intenti, doveri in contrahendo e buona fede nelle trattative*, in *Rivista di diritto privato*, 2008, fasc. 2
- CARMICHAEL F., *A guide to game theory*, Pearson Education, 2005
- CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915
- CARRESI F., *Il contratto*, Giuffrè, 1987
- CARUSO D., *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*, Giuffrè, 1993
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006
- CASTRONOVO, *La cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 4
- CHIRONI G., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897
- CONFORTINI M., *Clausole negoziali*, Utet Giuridica, 2017

- CORBIN A., *Offer and acceptance, and some of the resulting legal relations*, 26, in *Yale Law Journal*, (1917)
- CRASWELL R., *Offer, acceptance and efficient reliance*, in *Stanford Law Review*, vol. 48 (1996)
- CUFFARO V., *La responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988
- D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V
- DAVIS S., K. BALL-DODD, *Deal protection mechanisms in the US and the UK*, in *Cross-Border Handbooks*
- DE NOVA G., *Il sale and purchase agreement, un contratto commentato*, Giappichelli, 2017
- DI SABATO F., *Cessione di azienda e cessione di pacchetti di riferimento: appunti per una riflessione sulla prassi contrattuale*, Aa. Vv., *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, Milano, 1991
- DRAETTA U. – C. MONESI, *I contratti di acquisizione di società ed azienda*, Milano, 2007
- DRAETTA U., *Ancora in tema di documenti precontrattuali: gli standstill agreements*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988
- DRAETTA U., *Ancora sull'efficacia delle lettere di intento nella prassi commerciale internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985
- DRAETTA U., C. MONESI, *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, Giuffrè, 2007
- DRAETTA U., *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e SME*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987
- DRAETTA U., *Documenti precontrattuali nei negoziati relativi a mergers e acquisitions. Rassegna della prassi internazionale*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di Bonelli, De Andrè, Giuffrè, Milano, 1990
- DRAETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, Cedam, 1984
- DRAETTA U., *La fase negoziale nei contratti internazionali di mergers e acquisitions: rassegna della prassi internazionale*, in C. Scognamiglio, *Compravendite internazionali di partecipazioni societarie*, Milano, Egea, 1990
- DRAETTA U., R. B. LAKE, *Letters of intent and precontractual liability*, *International Business Law Journal*, 1993
- DRAETTA U., R. B. LAKE, *Letters of intent and other precontractual documents – Comparative analysis and forms*, Salem, Butterworth, 1994
- DRAETTA U., *The Pennzoil case and the binding effect of the letters of intent in the international trade practice*, in *International Business Law Journal*, 1988
- DUGDALE & LOWE, *Contracts to contract and contracts to negotiate*, (1976), *J. Business Law*, 28;

- DUNCAN S., *Equitable fraud in non-contractual agreements over land*, in *King's Law Journal*, 2007, Vol.18(1)
- FAGGELLA G., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918
- FARNOWORTH E. ALLAN, W. F. YOUNG, C. SANGER, *Contracts, cases and materials*, 6th ed., *Foundation Press*, New York, 2001
- FARNSWORTH E. ALLAN, *Contracts*, 4th ed. *Aspen publishers*, New York, 2004
- FARNSWORTH E. ALLAN, *Good faith performance and commercial reasonableness under the Uniform Commercial Code*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 30 (1962)
- FARNSWORTH E. ALLAN, *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*, 87, *Columbia Law Review* (1987), 217
- FEINMAN J. M., *The law of insurance claim practices: beyond bad faith*, in *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, Winter 2012, Vol.47(2)
- FERRO LUZZI F., *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, 1999
- FISHER R. e W. L. URY, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, *Penguin Group*, 1981
- FORTE F., M. S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Il Corriere Giuridico*, 2013, fascicolo 11 (supplemento)
- FRANCIOSI L. M., *Trattative e due diligence, tra culpa in contrahendo e contratto*, in *Quaderni di Responsabilità Civile e Previdenza*, Giuffrè, Milano, 2009
- FRANZONI M., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010
- FULLER L. L., W. R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, in *The Yale Law Journal*, vol. 46, (1936)
- FULLER L. L., W. R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages: 2*, in *The Yale Law Journal*, vol. 46, (1937)
- FURMSTON M., *Letters of intent, Contract formation and parties*, edited by A. Burrows, E. Pell, *Oxford University Press*, 2010
- GABBA C. F., *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV
- GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 2008
- GAMBARO A. – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3 ed., *Utet Giuridica*, 2008
- GIAMPAOLINO C. F., *Ruolo della due diligence e onere di informarsi*, in *Aida*, 2009

- GILKER P., *A role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English, French and Canadian law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, vol. 52, no. 4 (Oct., 2003)
- GRECO F., *Difetto di accordo e nullità nell'intermediazione finanziaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 6, 2006
- GROSSKOPF O.; B. MEDINA, *A Revised Economic Theory of Disclosure Duties and Break-up Fees in Contract Law*, 13 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* pag. 148, (2007)
- HAGGERTY E., *Breach of the implied covenant of good faith and fair dealing in employment contracts: from here to longevity and beyond. (California)*, in *Western State University Law Review*, Spring, 1987, Vol. 14(2)
- HOLMES O. W., *The path of the law*, *Harvard Law Review* 457 (1897)
- HOSKINS H., *Contractual obligations to negotiate in good faith: faithfulness to the agreed common purpose*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 130, (2014), Sweet & Maxwell
- HOUH E. M. S., *The doctrine of good faith in contract law: a (nearly) empty vessel?*, *Utah Law Review*, 2005, vol. 1
- HUNT A., *The theory of critical legal studies*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1 (1986)
- IULIANI A., *La cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11, 2016
- JACKSON H. E., L. KAPLOW, S. M. SHAVELL, W. K. VISCUSI, D. COPE, *Analytical methods for lawyers*, *Foundation Press*, 2nd ed., 2011
- JHERING, *Jhering für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1861
- JOHNSON M. K., *Enforceability of precontractual agreements in Illinois: the need for a middle ground*, in *Chicago-Kent Law Review*, Spring, 1993, Vol. 68(2)
- JONES, *Claims arising out of anticipated contracts which do not materialize*, 18 *U.W. Ontario Law Review*, 447 (1980)
- KATZ A. W., *When Should an offer stick? The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations*, in *The Yale Law Journal*, vol. 105 (1996)
- KESSLER F. & EDITH FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study* (1964) 77 *Harvard Law Review*, vol. 77
- KLING, E. T. NUGENT L. R., *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions*, *Law Journal Press*, 2005
- KNAPP C., *Enforcing the contract to bargain*, 44, *New York University Law Review*, 673 (1969)
- KOSTRITSKY J. P., *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations*, in *Hastings Law Journal*, vol. 44 (1993)

- KOSTRITSKY J. P., *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Holdup Problem*, vol. 61 *S.M.U. L. Rev.* pag. 1377, (2008)
- LLEEWELLYN K., *Our case law of offer and acceptance*, II, 48, in *Yale Law Journal*, 779 (1939)
- LLOYD R. M., *Pennzoil v. Texaco, twenty years after: lessons for business lawyers*, in *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, Spring, 2005, Vol. 6(2)
- LOCKHART C., *Misleading or deceptive conduct: issues and trends*, *The Federation Press*, 1996
- MACNEIL I. – D. CAMPBELL, *The relational theory of contract: selected works of ian macneil*, London, Sweet & Maxwell, 2001
- MAIORCA C., *Colpa civile*, in *Enciclopedia del diritto*, 1960, Milano, VII
- MALMENDIER U., E. MORETTI, F. PETERS, *Winning by Losing: Evidence on Overbidding in Mergers*, 2016
- MATTEI U., *Il modello di common law*, Torino, 2004
- MAURO A. DE, F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002
- MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II
- MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2006
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, III edizione, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980
- MOYA V. M., *La fase preliminare delle operazioni di fusione e scissione: configurazione giuridica del progetto e responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2009, n. 1
- MUSY A. M., *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)* in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1998, XVII
- NANNI L., *La buona fede precontrattuale*, Padova, 1988
- O'CONNOR J. F., *Good faith in English law*, *Dartmouth Publishing Co. Ltd.* (1990)
- OESTERLE D. A., *The law of mergers and acquisitions, American casebook series*, *West Academic Publishing*, 4th edition, 2012
- PALMIERI D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999
- PALMIERI N. W., *Good faith disclosures required during precontractual negotiations*, in *Seton Hall Law Review*, vol. 24
- PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediale. Dosgorgement v. punitive damages*, Cacucci editore, 2012
- PARDOLESI P., *Responsabilità precontrattuale oltre la «culpa in contrahendo»: riflessioni comparative* (Nota a Cass. 23 marzo 2016, n. 5762), in *Foto italiano*, 2016

- PATTI G., S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in Il codice civile. Commentario, a cura di Schlesinger, Milano, 1993
- PERRY C., *Good faith in english and us contract law: divergent theories, practical similarities*, in *Business Law International*, 2016
- PICONE L. G., *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, Il sole 24 ore, 1996
- PIGNATARO G., *La responsabilità precontrattuale*, in I contratti in generale, a cura di Paolo Cendon, Torino, 2000
- PIRAINO F., *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi di immunità)*, in I Contratti, n. 1, 2017
- PROCCHI, “*Della culpa in contrahendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*”, Napoli, 2005
- RANDAL E. J., *The implied covenant of good faith and fair dealing in Alaska: one court's license to override contractual expectations*, in *Alaska Law Review*, Vol. 11, 1994
- RASMUSEN E., *Games and information. An introduction to game theory*, 4th ed. 2006
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, Milano, 1974
- RENNAL L., *Note su un tema dibattuto: la vendita di azioni o quote di società e le garanzie dell'alienante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008
- RESCIGNO P., *Obbligazioni (nozioni)*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1979, XXIX
- RINALDO M., *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 4, 2017
- ROGERS W. V. H., M. G. CLARKE, *The Unfair Contract Terms Act 1977*, Londra (1978)
- ROLFI F., *La Cassazione e la responsabilità precontrattuale: idee del tutto chiare?*, in *Corriere giuridico*, 2007
- ROPPO V., *Il contratto*, in Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001
- ROSSELLO C., *Le clausole di riservatezza e i “non disclosure agreements”*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2014
- ROVELLI L., *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza. Generalità, Il contratto in generale*, Tomo II, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino, vol. XIII, 2000
- SACCO R., G. DE NOVA *Obbligazioni e Contratti – II*, in Trattato di diritto privato, diretto da Pietro Rescigno, Utet Giuridica, III edizione, Milano, 2009
- SACCO R., G. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Utet Giuridica, 2016
- SACCO R., *Il contratto*, in Trattato di diritto civile, diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975
- SAGNA A., *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004

- SANGIOVANNI V., *Due diligence, trattative e fattispecie di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, n. 8 – 9/2011
- SANGIOVANNI V., *Lettere di intenti, due diligence e trattative negli acquisti di azioni e quote*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, n. 3/2015
- SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattati a cura di Paolo Cendon, Giuffrè*, 2008
- SCHLESINGER R. B., P. G. BONASSIES, *Formation of contracts: a study of the common core of legal systems*, *Oceana Publications*, 1968
- SCHWARTZ A. - R. E. SCOTT, *Precontractual Liability And Preliminary Agreements*, in *Harvard Law review*, vol. 120 (2007)
- SCHWARTZ A. - R. E. SCOTT, *Precontractual Liability And Preliminary Agreements*, in *Harvard Law review*, vol. 120 (2007)
- SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6/2016
- SCOGNAMIGLIO C., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11, 2016
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile a cura di V. Scialoja, G. Branca*, Bologna – Roma, 1970
- SCOTT B., C. ALBERT, *Contract’s role in relational contracts*, in *Virginia Law Review*, 1 May 2015, Vol.101(3)
- SHELL G. R., *Opportunism and trust in the negotiation of commercial contracts: toward a new cause of action*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 44, (1991)
- SPECIALE R., *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, Milano, 1990
- STEYN LORD J., *Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest man*, in *The Law Quarterly Review*, (1997), vol. 113
- STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1964, I
- STOLFI G., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro Italiano*, 1954, I
- SUMMERS R. S., *"Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, in *Virginia Law Review*, vol. 54
- TAGLIASACCHI E., *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contratti e impresa*, n. 1, 2017
- TARANTINO G., *La violazione della buona fede nelle trattative rileva anche nel caso di contratto concluso tra le parti*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.15, 2016
- TENNEKOON R. C., *The law and regulation of international finance*, *Tottel publishing*, 2009

- TEUBNER G., *Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies*, in *The Modern Law Review*, vol. 61, n. 1, 1998
- TINA A., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2007
- TOMBARI U., *Problemi in tema di alienazione della partecipazione azionaria e attività di due diligence*, in Banca borsa e titoli di credito, 2008, I
- TRAKMAN, K. SHARMA L., *The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith*, (2014) 73 *Cambridge Law Journal*
- TRISCORNIA A., *Memorandum su taluni aspetti di tecnica redazionale nei contratti di acquisizione*, in Rivista di diritto societario, 2008, fasc. 4
- UNGER R. M., *The critical legal studies movement*, Cambridge, Mass., London, Harvard University Press, 1986
- VISENTINI G., *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in Contratto e impresa, 2/207
- VISENTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005
- WHITTAKER S. – R. ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, (2000)
- WILLIAM G. H. JR., *Good faith and fair dealing in insurance contracts: Gruenberg v. Aetna Insurance Co.*, in *Hastings Law Journal*, Jan. 1, 1973, Vol. 25
- WILS W. P. J., *Who should bear the costs of failed negotiations? A functional inquiry into pre-contractual liability*, 4 *J. des Economistes et des Etudes Humaines*, 93 (1992)